Die Einwirkung des Mitverschuldens im Sachenrecht, insbesondere bei den Ansprüchen aus den §§ 985 und 1004 BGB.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Fuchs-Wissemann
Gerichtsreferendar aus Wächtersbach.

Marburg 1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 24. September 1935.

Erstreferent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Alfred Manigk.
Zweitreferent: Professor Dr. Paul Gieseke.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

Bendix: Die Vormerkung des neuen Rechts. Gruch. Beitr. Band 49 S. 510 ff.
Bienenfeld: Eigenes Verschulden oder Mitverschulden des Verletzten kann auch im Falle seiner zivilrechtlichen Unverantwortlichkeit Ersatzansprüche für ihn ausschließen oder einschränken. Seuff. Bl. Band 68 S. 489 ff.
Biermann: Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.
Bondy: Der Besitzrechtssatz. Iher. Jahrb. Band 77 S. 320 ff.
Brand: Beamtenrecht. 3. Aufl. 1928.
von Buri: Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. 1885.
Croissant: Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit. 1893.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 1. Aufl. 1902.
Dernburg: Pandekten. I. Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 4. Aufl. 1894.
— Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1908.
Dohna, Graf zu: Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. 1929.
Dungs: Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, Gruch. Beitr. Bd. 54 S. 537 ff.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band. Einleitung. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse. 9 Aufl. 1903.
— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Band. 1. Abteilung, Sachenrecht. 3. und 4. Aufl. 1898. 8. und 9. Aufl. 1905.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, Einleitung und Allgemeiner Teil. 13. Aufl. 1931.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Recht d. Schuldverh. 11. Aufl. 1930 und 12. Aufl. 1932.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, III. Band Sachenrecht, 6. Aufl. 1892.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.
Friedrich: Der Allgemeine Teil des Rechts. Annalen des Deutschen Reiches 1917 S. 285 ff.
— Wie weit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? Arch.Bürg.R. Band 42, S. 28 ff.
— Der Allgemeine Teil des Rechts. 1927.
Fröhner: Die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf die Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985 ff. BGB). Recht 1920 S. 141.
Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht. 2. Bd. 1. Aufl. 1894.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Band, Sachenrecht. 1. Aufl. 1912.
Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. Berl. Diss. 1903.
Güthe: Kommentar zur GBO II. Band. 3. Aufl. 1913.
Hartmann: Kann ein Anstellungsakt widerrufen werden? JW 1915 S. 120 ff.
Heck: Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübinger Rektoratsrede, 1912.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Band, 1. Aufl. 1903.
Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1909.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931.
Ihering: Das Schuldmoment. 1867.
— Der Besitz, Iherings Jahrbuch Band 32 S. 41 ff.

Jung: Rechtswidrige Schädigung fremden Vermögens und rechtloser Erwerb aus fremdem Vermögen. Schadensersatz und Bereicherung. Iher. Jahrb. Band 69 S. 119 ff.
— Rechtsregel und Rechtsgewissen. Arch.f.Ziv.Prax. Band 118, S. 1 ff.
Kohler: Recht und Prozeß. Grünhuts Zeitschrift Band 14, S. 1 ff.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. III. Band. Sachenrecht. 6. Aufl. 1928.
Kretzschmar: Die Wirkung der Rechte an Sachen und Rechten und der vorgemerkten Ansprüche im Konkurs. JW 1916, S. 165 ff.
Krückmann: Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit. Jherings Jahrb. Band 55 S. 1 ff.
— Verschuldensanrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Iher. Jahrb. Band 52 S. 428 ff.
Langenbach: Anm. zur Entscheidung des Reichsgerichts, in JW 33 S. 690 Nr. 3.
Lehmann: Reichsversicherungsordnung. 5. und 6. Buch. 4. Aufl. 1925.
Lenhard-Reichenau: Preußisches Wassergesetz. Berlin 1918.
Leonhard, Fr.: Auslegung und Auslegungsnormen. Marburger Rektoratsrede 1917.
— Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1. Aufl. 1929.
— Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 3. Aufl. 1932.
Linckelmann: Luftschiffahrt und Grundeigentum. JW 08 S. 8.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts. 5. Heft, 1901.
— Artikel „Auslegung" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften I. Band, 1926 S. 428 ff.
— Artikel „Formalismus und Freirechtsschule" im H.d.R. II. Band. 1927 S. 474 ff.
— Artikel „Interessenjurisprudenz" im H.d.R. III. Band 1928. S. 375 ff.
— Artikel „Schuldverhältnisse" im H.d.R. V. Band 1928. S. 375 ff.
— Artikel „Tatsachen, juristische" im H.d.R. V. Band. 1928. S. 847 ff.
— Savigny und der Modernismus im Recht. 1914.
— Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Breslauer Rektoratsrede, 1925. Erschienen 1926.
— Irrtum und Auslegung. 1918.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1924.
Meier-Branecke: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im öffentlichen Recht. Arch.d.öff.Rechts NF. Band IX S. 230 ff.
Meisner-Stern: Das in Preußen geltende Nachbarrecht. 1927.
Meyer, Herbert: Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, 1902.
Mezger: Strafrecht. 1. Aufl. 1931.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II und Band III. 1888.
Müller-Erzbach: Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932.
Niemeyer: Gutachten. Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages II. Band, 1912 S. 29 ff.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse I. Abteilung. 5. Aufl. 1928.
— Zivilistische Rundschau. Archiv für bürgerliches Recht. Band VIII S. 358 ff.
— Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. 1931.
Oetker: Der Bußprozeß. Gerichtssaal, Band 66 S. 321 ff.
Planck: Kommentar zum BGB. II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1914. III. Band Sachenrecht. 4. Aufl. 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. I. und III. Band.
Regelsberger: Gesetz- und Rechtsanwendung. Iher. Jahrb. Bd. 58 S. 146 ff.
Reuter: Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nach deutschem Reichsrecht. Leipziger Dissertation. 1908.

Rümelin: Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts. Arch.f.Ziv.Prax. N.F. 2. Band S. 265 ff.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Staedler: Artikel „Postrecht" im H.d.R. IV. Band 1927 S. 536 ff.
Stälin: Über die dinglichen Ansprüche des BGB hinsichtlich der Anwendbarkeit des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse auf dieselben. Tübinger Dissertation. 1902.
Staub: Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte. Archiv für bürgerliches Recht. Band 5. S. 12 ff.
Stein-Jonas: Die ZPO für das Deutsche Reich, I. Band 4. Aufl. und II. Band, 4. Aufl. 1929.
Stier-Somlo: Kommentar zur RVO. II. Band 1. Aufl. 1916.
Staudinger: Kommentar zum BGB. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Teil 4. Aufl. 1930. III. Band. Sachenrecht. 1. Teil. 4. Aufl. 1926.
Stoll: Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre. Iher. Jahrb. Bd. 76 S. 134 ff.
Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.
von Tuhr: Der Allgemeine Teil. I. Band. 1. Aufl. 1910.
— Naturalherstellung und Geldersatz. Iher. Jahrb. Band 46, S. 39 ff.
Walsmann: Besprechung von „Schmidt" der negatorische Beseitigungsanspruch. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, 88. Bd. S. 400 ff.
Wendt: Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Arch.f.Ziv.Prax. Band 87 S. 422 ff.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe im BGB. 1905.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Band 5. Aufl. 1879 und in der Bearbeitung von Kipp 8. Aufl. 1900.
— Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856.
Wolff, M.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Das Sachenrecht. 8. Aufl. 1929.
— Der Bau auf fremdem Boden. 1900.
Wurzer: Zum Begriff der Nebenforderung im Sinne des § 4 ZPO. Gruch. Beitr. Band 53 S. 54.
Zitelmann: Luftschiffahrtsrecht. Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht. Band 19. S. 458 ff.

Zeitschriften, Jahrbücher und Entscheidungssammlungen:

Annalen des Deutschen Reiches.
Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv des öffentlichen Rechts.
Archiv für die Zivilistische Praxis.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Der Gerichtssaal.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht.
Höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts.
Juristische Wochenschrift.
Iherings Jahrbücher.
Leipziger Zeitschrift.
Das Recht.
Seufferts Archiv.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Warneyers Jahrbücher für Entscheidungen.
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Die Aufgabe.

Die in der Rechtslehre wie in der Rechtsprechung aufgetretene Frage, ob den Vorschriften des allgemeinen Teils des Schuldrechts eine über ihre systematische Stellung hinausgehende Bedeutung zukommt, ist bei sachenrechtlichen Ansprüchen am meisten praktisch geworden, da hier das wirtschaftliche Bedürfnis nach einer entsprechenden Anwendung der allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften am stärksten ist. Wirtschaftliche Gründe lassen es oft notwendig erscheinen, Einwendungen oder Zurückbehaltungsrechte, die zunächst nur für das Schuldrecht geschaffen waren, auch gegenüber dinglichen Ansprüchen Platz greifen zu lassen. So ergibt sich für den Juristen die Frage, ob die wirtschaftlichen Interessen des Beklagten auch bei den Ansprüchen aus dem dritten Buch unter entsprechender Anwendung der allgemeinen Vorschriften des zweiten Buches berücksichtigt werden dürfen.

Das Zurückbehaltungsrecht (§ 273), die Pflicht, das stellvertretende commodum herauszugeben (§ 281), die Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242) und schließlich die Berücksichtigung des Mitverschuldens sind bekannte Grundsätze des allgemeinen Schuldrechts, deren Anwendung auf die Ansprüche des dritten Buches oft erörtert worden ist.

Neuerdings ist die Frage, ob das Mitverschulden im Sachenrecht zu berücksichtigen sei, durch eine Entscheidung des Reichsgerichts [1]) beim Anspruch aus § 1004 bejahend entschieden worden.

In dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle verlangte die Klägerin Ersatz für die Kosten, die ihr bei Beseitigung von Brandschäden in ihren Dämmen entstanden waren. Das Feuer hatte von den unmittelbar an die Dämme der Klägerin grenzenden Halden der Beklagten auf diese Dämme, die aus dem gleichen leicht brennbaren Material wie die Halden der Beklagten bestanden, übergegriffen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts konnte der Brand nur deshalb auf das Grundstück der Klägerin übergreifen, weil sie ihre Dämme aus den gleichen Stoffen hergestellt hatte, aus denen die Halden der Beklagten bestanden. Darin hat das Reichsgericht eine verantwortliche Mitverursachung der Beeinträchtigung durch die Klägerin gesehen und den Einwand, den die Beklagte aus § 254 erhoben hatte, durchgreifen lassen.

Wie beim Anspruch aus § 1004, so besteht die Frage nach der Einwirkung des Mitverschuldens auch beim Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. Vom Reichsgericht ist sie im 93. Band [2]) aufgeworfen und ablehnend entschieden worden. Dort hatte der Beklagte gestohlene Pfandbriefe erworben, die infolge Verschuldens des Klägers nicht pflichtgemäß aufgerufen worden waren. Da die Klage auf die §§ 990, 989 BGB gegründet war, ließ das Reichsgericht den Einwand aus § 254 durch-

---

1) JW 1933 S. 690 Nr. 3 = RGZ 138, 327 ff.
2) RGZ 93, 281.

greifen, bemerkte aber, daß der Einwand gegenüber dem reinen Eigentumsanspruch aus § 985 nicht durchgreifen würde, weil § 254 einen Schadensersatzanspruch voraussetze [3]).

Erstes Kapitel.

Grundsätzliches.

§ 2. Das Wesen des dinglichen Anspruchs.

Ehe im einzelnen untersucht werden kann, ob § 254 auch im Sachenrecht zur Anwendung kommt, ist grundsätzlich festzustellen, ob die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts überhaupt im Sachenrecht anwendbar sind.

Dazu bedarf es zunächst der Klarstellung, worin das Wesen des dinglichen Anspruchs besteht. Denn nur dann, wenn über Wesen und Inhalt dieses Anspruchs Klarheit herrscht, kann entschieden werden, ob eine für Schuldverhältnisse bemessene Vorschrift auch auf dingliche Ansprüche angewandt werden kann.

Von Tuhr [1]) ist der Meinung, daß der dingliche Anspruch wesentlich nur auf ein Unterlassen gerichtet sei. Was darüber hinausgehe sei Inhalt eines neben dem dinglichen Anspruch bestehenden obligatorischen Anspruchs. Dem ist zu widersprechen. Schon die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches zeigt, daß der dingliche Anspruch nicht als ein bloßer Unterlassungsanspruch gedacht ist. So stellen die Motive [2]) ganz richtig fest, daß beim Herausgabeanspruch (§ 985) dem Eigentümer mit einer Unterlassungsklage noch kein sicherer Weg zur Herstellung des seinem Recht entsprechenden Zustandes gegeben wäre. Es wird daher auch allgemein anerkannt, daß der Herausgabepflichtige zu einer gewissen Tätigkeit verpflichtet ist [3]). Auch der Wortlaut der §§ 985 und 1004 spricht deutlich dagegen, daß der Berechtigte nur ein Unterlassen verlangen kann. Die Worte „Herausgabe" im § 985 und „Beseitigung" im § 1004 deuten auf eine Pflicht zum positiven Tätigwerden hin.

Dies führt auf die andere Frage, ob überhaupt ein erheblicher Unterschied zwischen einem dinglichen und einem schuldrechtlichen Anspruch besteht, denn auch der dingliche Anspruch kann auf ein Tun gerichtet sein und unter Umständen können beide Ansprüche auf die gleiche Leistung gehen, wie z. B. dann, wenn der Eigentümer die Rückgabe einer vermieteten Sache verlangt. Viele Schriftsteller [4]) nehmen tatsächlich an, der dingliche Anspruch unterscheide sich vom schuldrechtlichen nur im Ursprung nicht im Inhalt. Dies ist insofern richtig, als jedem dinglichen

---

3) RGZ 93, 282 f.

1) Allg. Teil I, S. 247; ebenso Kohler, Grünh. Zeitschr. Band 14, S. 10; Staub, Arch.Bürg.R. Bd. 5 S. 25.

2) Mot. II S. 398.

3) Biermann, § 985, 5; Siber, Rechtszwang S. 95; Stälin Seite 52 f.

4) Jung, Iher. Jahrb. 69 S. 145; Planck, Vorbem. zum 2. Buch, II, 1a; Stälin a.a.O. S. 95; Windscheid, Actio S. 223.

Anspruch in gewissem Maße das schuldrechtliche Element der Pflicht wesenseigen ist. Denn soweit vom Beklagten eine Tätigkeit verlangt wird, liegt in der Tat etwas vom schuldrechtlichen Anspruch wesentlich Verschiedenes nicht vor.

Daher muß ein Versuch, den dinglichen und den schuldrechtlichen Anspruch zu unterscheiden, davon ausgehen, daß die Verschiedenheit[5]) beider Ansprüche nur aus ihrem Entstehungstatbestand hervorgeht. Das wesentliche Merkmal des dinglichen Anspruchs besteht darin, daß er aus einem dinglichen Herrschaftsrecht hervorgeht. Während also dinglicher und schuldrechtlicher Anspruch dasselbe Ziel haben und auf dieselbe Leistung gerichtet sein können, zeigt ihre Entstehung einen für die Behandlung, insbesondere für die systematische Stellung beider Ansprüche bedeutungsvollen Unterschied. Beruht der schuldrechtliche Anspruch auf Herausgabe einer Sache auf einem persönlichen Band zweier Rechtspersönlichkeiten, so verdankt der dingliche Anspruch auf Herausgabe seine Entstehung dem Herrschaftsrecht an der Sache, das jedem gegenüber wirkt.

Diese Erkenntnis, daß die dinglichen Ansprüche aus einem dinglichen Herrschaftsrecht entstehen, ermöglicht es, die Rechtsnatur z. B. der Ansprüche, die aus dem Eigentum folgen und in den §§ 985 ff. geregelt sind, zu bestimmen. Sie haben ihren Entstehungstatbestand im dinglichen Herrschaftsrecht des Eigentümers, dessen Verletzung alle diese Ansprüche hervorbringt. Hier tritt deutlich zu Tage, wie das dingliche Recht durch seine Verletzung eine ausgesprochen persönliche Beziehung gewinnt[5]), indem nun eine bestimmte Person dem Eigentümer gegenüber verpflichtet ist.

§ 3. Dingliche Schadensersatzansprüche.

Wenn das Wesen des dinglichen Anspruchs darin besteht, daß er auf einem dinglichen Herrschaftsrecht beruht und auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet ist, so handelt es sich auch bei den in den §§ 987 ff. geregelten Ansprüchen um dingliche Ansprüche. Das darf nicht deshalb verkannt werden, weil diesen Ansprüchen zugleich ein starkes schuldrechtliches Element innewohnt. Wenn z. B. der Eigentümer gemäß §§ 987 Abs. 2, 989 und 990 Leistungen verlangen kann, an deren Gegenstand ihm ein Eigentumsrecht nicht zusteht, so macht er trotzdem keinen lediglich schuldrechtlichen Anspruch geltend. Das dingliche Element besteht bei diesen Ansprüchen darin, daß der Eigentümer gerade deshalb, weil sein Eigentumsrecht verletzt ist, diese Ansprüche geltend machen kann. Der Entstehungsgrund, der den genannten Vorschriften gemeinsam ist, ist das Eigentumsrecht, zu dem dann bei den einzelnen Vorschriften noch jeweils verschiedene schuldrechtliche Tatbestände hinzutreten. Die Ansprüche aus den §§ 987 ff. sind also ihrer Quelle nach zugleich dingliche Ansprüche. Sie fließen nicht etwa lediglich aus einem neben dem Eigentum bestehenden Schuldverhältnis[6]). Daß sie sich von rein schuldrechtlichen An-

5) Windscheid a.a.O.

6) Planck, Bem. 2 vor § 987; Wolff, Sachenrecht § 85 III, 2; Wurzer, Gruch. Beitr. 53 S. 54.

sprüchen, die es ja auch im Sachenrecht gibt, unterscheiden, mag folgender Vergleich zeigen. Der Anspruch aus § 1223 ist trotz seiner systematischen Stellung schuldrechtlich, da ihm jedes dingliche Element fehlt. Der Verpfänder als solcher hat den Anspruch auf Rückgabe des Pfandes ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer ist. Die Ansprüche aus den §§ 987 Abs. 2, 989, 990, 992 sind dagegen zwar Schadensersatzansprüche, aber dingliche, weil ihr Entstehungsgrund in der Verletzung des dinglichen Herrschaftsrechtes liegt.

§ 4. Weitere dingliche Ansprüche.

Wenn es das Wesen des dinglichen Anspruchs ausmacht, daß er einem dinglichen Herrschaftsrecht seine Entstehung verdankt, so sind auch die Ansprüche des Besitzers aus den §§ 859, 862 und 867 dingliche Ansprüche. Der Besitz selbst ist zwar kein subjektives dingliches Recht [7]), ist jedoch auch nicht lediglich eine Tatsache [8]). § 854 legt der juristischen Tatsache der Gewalt eine Rechtsfolge bei, indem sich die Gewalt als Besitzerwerb zu einer rechtlichen Herrschaft steigert [9]), die durch die Besitzansprüche gewährleistet wird. Der Zweck dieser Ansprüche, die Herrschaft des Besitzers an einer Sache zu gewährleisten, läßt keinen Zweifel bestehen, daß es sich hier um dingliche Ansprüche handelt [10]).

Desgleichen ist der Anspruch, den der Besitzer nach § 1007 hat, ein dinglicher Anspruch [11]). Der Anspruch aus § 886 ist dinglich, da er, wie der Anspruch aus § 1004, bezweckt, den Betroffenen vor Beeinträchtigungen seines Rechtes zu schützen [12]). Ebenso ist der Anspruch aus § 888 dinglich [13]). Die Unwirksamkeit des Rechtserwerbs, die mit der Klage aus § 888 geltend gemacht wird, gründet sich auf die Vormerkung, nicht etwa auf den der Vormerkung zu Grunde liegenden schuldrechtlichen Anspruch [14]). Auch der Berichtigungsanspruch (§ 894) fließt aus dem dinglichen Recht, dessen richtige Eintragung verlangt wird [15]).

Schließlich ist der Anspruch aus § 904 Satz 2 ein dinglicher Schadensersatzanspruch, weil sein Entstehungsgrund in der Verletzung eines dinglichen Herrschaftsrechts liegt. Die Gewährung des Notstandsrechts schafft einen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung des fremden Eigentums, bestimmt dagegen nicht die Rechtsnatur des Ersatzanspruchs.

Diese Beispiele sollen genügen. Sie haben gezeigt, wovon die systematische Einordnung der im dritten Buch geregelten Ansprüche abhängt.

---

7) Von Tuhr a.a.O. S. 208.

8) So Bondy, Iher. Jahrb. 77 S. 370; Ihering, Iher. Jahrb. 32 S. 42; Leonhard, Bürgl. Recht i. k. Sätzen S. 100 IV.

9) Manigk, H.d.R. Art. Jur. Tatsachen S. 847.

10) Enneccerus-Nipp. Allg. T. § 73 I, 1; Helwig, Lehrb. d. Ziv.prozeßrechts S. 207; Kretzschmar JW 1916 S. 165 ff.

11) Wolff a.a.O. § 3, III.

12) Planck § 1004, 5; RGZ 53, 33.

13) Planck § 888, I, 2 b.

14) Bendix, Gruch. Beitr. 49 S. 517.

15) Planck § 894, 1.

übrigens sollen weiterhin nicht lediglich die dinglichen, sondern auch die im dritten Buch geregelten schuldrechtlichen Ansprüche, soweit sie von Bedeutung sind, in die Untersuchung, ob § 254 auf sie anwendbar ist, mit einbezogen werden.

§ 5. Vorschriften des dritten Buches, die die Anwendung schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche anordnen.

Die Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche läßt sich nicht einfach damit begründen, daß man auf die Gleichheit hinweist, die vielfach bei dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen im Inhalt der Leistungen besteht. Daß beide Ansprüche auch verschieden behandelt werden, zeigt sich z. B. im Konkurs[16]). Doch weist uns das Gesetz selbst den Weg, indem es das Schuldrecht im Gegensatz zu früheren Kodifikationen dem Sachenrecht voranstellt und damit gleichsam die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts für die dinglichen Ansprüche bereitstellt[17]). Ferner baut das schuldrechtliche Element im dinglichen Anspruch eine Brücke zum zweiten Buch, die die Anwendung des allgemeinen Schuldrechts ermöglicht. Es wurde ja schon festgestellt, daß z. B. den Ansprüchen aus den §§ 987 ff. ein starkes schuldrechtliches Element eigen ist. Die Verbindung, die das schuldrechtliche Element im dinglichen Anspruch zum Schuldrecht schafft, erhält ihren Ausdruck in mannigfachen Vorschriften des dritten Buches, wo Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche für anwendbar erklärt werden. In einigen Fällen schreibt auch der gesetzliche Zusammenhang zwingend die Anwendbarkeit allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche vor, ohne daß es im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist.

Im Folgenden soll eine Zusammenstellung von Vorschriften gegeben werden, wo das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend die Anwendung von allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften auf dingliche Ansprüche vorschreibt.

Die §§ 870 und 931 sprechen von der Abtretung des Herausgabeanspruchs. Nach § 413 BGB sind hierauf die allgemeinen Vorschriften des zweiten Buches über die Abtretung von Ansprüchen anwendbar, sodaß überall da, wo dingliche Herausgabeansprüche abgetreten werden, die Vorschriften des zweiten Buches über die Abtretung Anwendung finden.

Auf den dinglichen Wertersatzanspruch des § 915 finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Was für den Anspurch auf den Kaufpreis gilt, gilt auch für den dinglichen Wertersatzanspruch, sodaß die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse über gegenseitige Verträge hier anwendbar sind[18]).

Die §§ 275 und 280 sind, wie Stälin[19]) mit Recht hervorhebt, auf den Herausgabeanspruch aus § 985 anwendbar. Dafür spricht das Wort

16) Manigk, H.d.R. 5. Band, Art. Schuldverhältnisse S. 377.
17) Manigk, ebenda.
18) Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 180 ff.
19) Stälin, S. 57.

„verantwortlich“ in § 989, womit gesagt ist, daß der Besitzer den durch sein Verschulden entstehenden Schaden zu vertreten hat. § 989 ist also für die §§ 275 und 280 ebenso eine ausfüllende Bestimmung wie etwa die bei gegenseitigen Verträgen gegebenen Bestimmungen. Aus § 989 folgt dadurch, daß die Herausgabe nach § 985 eine Leistung im Sinne der §§ 275, 280 ist[20]).

Aus § 990 Abs. 2 geht eindeutig hervor, daß die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts über Verzug (§§ 284ff.) auf den Eigentumsanspruch anwendbar sind. § 990 Abs. 2 erklärt diese Vorschriften nicht einmal für anwendbar, sondern setzt ihre Anwendbarkeit als selbstverständlich voraus.

Wenn in den §§ 987 Abs. 2, 992 vom Verschulden die Rede ist, so ist damit der im allgemeinen Schuldrecht gegebene Begriff des Verschuldens gemeint. Der Anspruch aus § 993, der sich auf Eigentum gründet, richtet sich, was seinen Umfang anbetrifft, nach den Bereicherungsvorschriften.

§ 1000 gibt dem Besitzer, der die Sache dem Eigentümer herauszugeben verpflichtet ist, ein Zurückbehaltungsrecht. § 1000 verweist zwar nicht auf § 273, sondern spricht selbst aus, daß dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Die Rechte aus § 1000 und § 273 sind aber nicht verschieden, sondern verkörpern denselben Rechtsgedanken. Das bedeutet, daß das Gesetz selbst die Möglichkeit aufzeigt, das schuldrechtliche Zurückbehaltungsrecht auch gegenüber dinglichen Ansprüchen anzuwenden.

Die §§ 1011 und 1109 verweisen auf § 432.

§ 1137 zeigt, daß auch gegen den dinglichen Anspruch die der persönlichen Forderung gegenüber bestehenden Einreden, wie z. B. Aufrechnung und Zurückbehaltung, geltend gemacht werden können. Ebenso ergibt sich aus § 1142, daß der Hypothekengläubiger wegen seines dinglichen Anspruches auch durch Hinterlegung und Aufrechnung befriedigt werden kann.

§ 1146 läßt die Verzugsfolge, daß Zinsen gezahlt werden müssen, auch auf den dinglichen Anspruch des Hypothekengläubigers zur Anwendung kommen.

Nach § 1158 sind die §§ 404, 406—408 auf die dinglichen Nebenansprüche des Hypothekengläubigers anwendbar. Ebenso finden die Vorschriften, die für die Übertragung von Forderungen gelten, auf die Übertragung dieser dinglichen Nebenansprüche Anwendung (§ 1159).

Schließlich bestimmt § 1224, daß auch der dingliche Anspruch des Pfandgläubigers durch Hinterlegung und Aufrechnung zum Erlöschen gebracht werden kann.

Diese Folge so vieler Stellen, an denen Vorschriften aus dem Schuldrecht auf dingliche Ansprüche für anwendbar erklärt werden, läßt keinen Zweifel, daß nach legalen Grundsätzen die allgemeinen Vorschriften des zweiten Buches auf dingliche Ansprüche Anwendung finden können.

---

20) Stälin, ebda.

Hiermit ist die Frage, ob auch § 254 auf dingliche Ansprüche anwendbar ist, noch nicht beantwortet. Ob eine bestimmte einzelne Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche anwendbar ist, und wie sich die Anwendung im einzelnen gestaltet, kann allein im Wege der Einzeluntersuchung gefunden werden. Dies leuchtet ein, wenn man sich vergegenwärtigt, daß bei einigen dinglichen Ansprüchen das Gesetz ausdrücklich die Anwendbarkeit von Vorschriften aus dem allgemeinen Teil des Schuldrechts ausschließt. So ist z. B. der Nießbrauch nicht übertragbar (§ 1059), ferner stellt § 1154 besondere Voraussetzungen für die Abtretung einer Hypothek auf, sodaß die Anwendung von § 398 BGB ausgeschlossen ist. Ebenso ist § 305 wegen der Ausschließlichkeit der im dritten Buch behandelten dinglichen Rechte dort unanwendbar. Diese Beispiele lassen erkennen, daß es für die Anwendbarkeit allgemeiner schuldrechtlicher Vorschriften auf dingliche Ansprüche so sehr auf die Eigenart des einzelnen Anspruchs und seine wirtschaftliche Bedeutung ankommt, daß eine allgemeine Regel sich nicht aufstellen läßt. So heißt es denn auch in den Motiven, daß es, obwohl der Entwurf von der entsprechenden Anwendbarkeit der allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften auf dingliche Ansprüche ausgehe, nicht angemessen sei, eine gesetzliche Bestimmung darüber zu treffen, da es sich mehr um eine der weiteren Prüfung und Begrenzung durch die Rechtswissenschaft zu überlassende Rechtswahrheit, als um einen positiven Rechtssatz handele[21]).

Es soll in den folgenden Kapiteln, nachdem grundsätzlich festgestellt worden ist, daß die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auch für die dinglichen Ansprüche bereitstehen, in Einzeluntersuchungen geprüft werden, wann und in welcher Weise das Mitverschulden des Klägers bei dinglichen Ansprüchen zu berücksichtigen ist.

Zweites Kapitel.

Ist § 254 geeignet, über seinen Wortlaut und seine systematische Stellung hinaus angewandt zu werden?

§ 6. Ist § 254 nur auf Schadensersatzansprüche anwendbar?

Man sollte meinen, es ließe sich bei dem Grundsätzliches regelnden § 254 auf die in der Überschrift dieses Kapitels gestellte Frage schon aus der Rechtsgeschichte eine Antwort entnehmen. Diese Annahme bestätigt sich jedoch nicht. Die Rechtsgeschichte gibt keinen Hinweis. Im römischen und im gemeinen Recht gab es zwar die sogenannte compensatio culpae[1]), doch ist damals nie die Frage aufgeworfen worden, ob eine Abwägung der beiderseitigen verantwortlichen Verursachung auch bei anderen als Schadensersatzansprüchen billig und möglich sei. Im Allge-

21) Mot. III S. 398 f.
1) Hierzu Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden S. 53 ff.

meinen Landrecht[2]) wurde das Schuldmoment betont, sodaß dort schon aus diesem Grunde die Frage nach der Berücksichtigung der verantwortlichen Mitverursachung bei Ansprüchen, die von einem Verschulden nicht abhängig waren, nicht aufgeworfen worden ist.

Der Wortlaut des § 254 scheint gegen seine Anwendbarkeit bei anderen als Schadensersatzansprüchen zu sprechen[3]). Dies allein wäre aber kein Grund, die Anwendbarkeit des § 254 schlechthin bei allen dinglichen Ansprüchen abzulehnen, denn es gibt, wie im vorangehenden Kapitel nachzuweisen versucht wurde, auch dingliche Schadensersatzansprüche. Doch ist die Ansicht, § 254 finde lediglich auf Schadensersatzansprüche Anwendung, nicht richtig. Fröhner[4]) versucht die Bedenken, die sich aus dem Wortlaut des § 254 ergeben, für den Eigentumsanspruch aus § 985 dadurch zu überwinden, daß er ihn als Schadensersatzanspruch bezeichnet. Er führt an, nach § 249 sei Inhalt der Schadensersatzpflicht, die Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Zustand nicht eingetreten wäre. Nach § 985 habe der Besitzer die Sache herauszugeben, d. h. den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der Besitzverlust nicht eingetreten wäre. Der zum Schadensersatz verpflichtende Zustand sei hier „Besitzverlust des Eigentümers + Besitzerwerb des Beklagten". Diese Ausführungen Fröhners vermögen aber nur die Ähnlichkeit beider Ansprüche aufzuzeigen; für eine dogmatische Gleichheit beider Ansprüche beweisen sie angesichts der Unterschiede, die z. B. im Konkurs für beide Ansprüche bestehen, nichts.

§ 7. Die Bedeutung des § 254 geht über seinen Wortlaut hinaus.

Aus anderen Gründen ist zunächst die Beschränkung des § 254 auf Schadensersatzansprüche abzulehnen. Mit Recht sieht das Reichsgericht[5]) in § 254 einen Rechtssatz allgemeinen Charakters, der auf rechtsähnliche Verhältnisse angewandt werden kann und mißt dem § 254 eine über seinen Wortlaut hinausgehende Bedeutung bei. Diese Ansicht ist beifallswert. Es wäre von vornherein unrichtig, sich bei der Auslegung des § 254 allein vom Wortlaut leiten zu lassen[6]). Es muß vielmehr auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes herangezogen werden[7]), wobei die Motive[8]) einen Fingerzeig geben, indem sie den Umfang des Anwendungsgebietes allgemeiner schuldrechtlicher Vorschriften dahingestellt sein lassen. Daraus folgt, daß der Gesetzeswortlaut, soweit er sich auf das Anwen-

2) I, 6 §§ 18—21.

3) So in der Tat Oertmann § 254, 3 b; RGZ 57, 89; 93, 282; RG Warn. 1910 Nr. 266 und 419.

4) Recht 1921 S. 14.

5) RGZ 71, 191; ebenso Enneccerus-Lehmann § 17, 7; RGRK § 254, 1cß; Staud. § 254, 1c; RGZ 54, 225; 94 142; RG JW 04, 140.

6) Leonhard, Auslegung S. 16; Manigk, H.d.R. I. Band Art. Auslegung S. 433; Stoll, Iher. Jahrb. 76 S. 163.

7) Leonhard a.a.O. S. 7 und 9; Manigk a.a.O. S. 434.

8) Motive III S 399.

dungsgebiet der Vorschriften des allgemeinen Teils des Schuldrechts bezieht, nicht eng, sondern ausdehnend ausgelegt werden muß. Der Wortlaut des § 254 verbietet daher nicht, in dieser Vorschrift den Ansatz zu einem Rechtsgedanken zu sehen [9]), der auch außerhalb des Schadensersatzrechts Anwendung finden kann.

Daß der Wortlaut des § 254 zu eng ist, um den in ihm enthaltenen Rechtsgedanken richtig zum Ausdruck zu bringen, liegt wohl daran, daß die geschichtliche Vorläuferin des § 254, die compensatio culpae an recht enge Voraussetzungen gebunden war. Offenbar hat man bei der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuches aus diesem rechtsgeschichtlichen Grund nicht die Wortfassung gefunden, die den in § 254 enthaltenen Rechtsgedanken richtig zum Ausdruck gebracht hätte.

Aus dem oben im § 2 geführten Nachweis, daß dingliche und schuldrechtliche Ansprüche in ihrem Inhalt oft große Ähnlichkeiten aufweisen, folgt ebenfalls, daß § 254 ausdehnend auszulegen ist. Hat ein Kläger einen dinglichen und einen obligatorischen Anspruch, die beide auf dieselbe Leistung gerichtet sind, z. B. wenn er nach § 1004 und § 823 die Beseitigung einer Störung verlangen kann, so wäre es unverständlich, wenn man nur den obligatorischen Anspruch durch Anwendung des § 254 beschränken wollte. Dies Beispiel zeigt, wie recht die Motive haben, wenn sie den Umfang des Anwendungsgebietes allgemeiner schuldrechtlicher Vorschriften dahingestellt sein lassen. Bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches war man sich bewußt, daß die Notwendigkeit, angemessene Entscheidungen zu finden, am besten dafür sorgen werde, das Anwendungsgebiet der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts zu bestimmen.

Für die ausdehnende Auslegung des § 254 spricht weiterhin, daß der in ihm enthaltene Rechtsgedanke in einigen Vorschriften des dritten Buches zum Ausdruck gelangt ist; so in den §§ 918, 970, 998, 1165 und 1166 (vgl. unten § 18). Alle diese Vorschriften haben gemeinsam, daß das Gesetz jemandem einen Anspruch versagt, der ihm sonst zustände. Und zwar versagt das Gesetz in den genannten Vorschriften den Anspruch stets dann, wenn der Tatbestand, der den Anspruch sonst entstehen ließe, durch schuldhafte Handlungen herbeigeführt worden ist. So wird das Verschulden in § 918 durch die Worte „willkürliche Handlung“, in § 970 „für erforderlich halten darf“, in § 998 „ordnungsgemäße Wirtschaft“, in § 1165 „häte Ersatz verlangen können“ und in § 1166 „ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen“ ausgedrückt. Es wäre falsch, aus den angeführten Gesetzesstellen den Umkehrschluß zu ziehen, daß die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei den übrigen Ansprüchen aus dem dritten Buch ausgeschlossen sei. Hiergegen spricht eine beifallswerte Auslegungsregel, wonach ein Umkehrschluß nicht gestattet ist, wenn das Gesetz etwas hervorhebt, ohne den Ausschluß ähnlicher Anwendungen in anderen Fällen zu beabsichtigen [10]). Diese Regel trifft auch auf die genannten Vorschriften zu. Es fällt auf, daß diese Vorschriften den Anspruch nicht nur beschrän-

9) Regelsberger, Jher. Jahrb. 58 S. 149.
10) Dernburg, Pand. I. Band § 35 Anm. 10.

ken, sondern völlig ausschließen. Das Gesetz hat damit den Rechtsgedanken des § 254 im dritten Buch nur an besonders wichtigen Stellen aufgenommen. So hebt z. B. das Gesetz in § 918 Abs. 1 die Folge des willkürlichen Aufgebens einer Verbindung mit einem öffentlichen Weg deshalb ausdrücklich hervor, weil das Verschulden des Klägers hier besonders häufig vorkommt. Es liegt auf der Hand, daß das Gesetz damit nicht die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei anderen dinglichen Ansprüchen verbieten will.

Schließlich spricht die Billigkeit für die ausdehnende Auslegung des § 254. Es wäre ungerechtfertigt, wenn man z. B. die Berücksichtigung des Mitverschuldens davon abhängig machen wollte, ob bei der Klage des Eigentümers, dem seine Sache abhanden gekommen ist, der Beklagte die Sache noch besitzt und deshalb die Herausgabe verlangt wird, oder ob der Beklagte Schadensersatz gemäß § 989 verlangt. Es liegt hier kein Unterschied vor, der eine verschiedene Behandlung rechtfertigt. Wirtschaftlich bedeutet es für den Beklagten kaum einen Unterschied, ob er die Sache, für die er einen bestimmten Preis bezahlt hat, herausgeben muß, oder ob er den Wert der Sache erstatten muß. Dazu kommt, daß der Anspruch aus § 989 ein Verschulden des Beklagten voraussetzt, während § 985 ein Verschulden des Besitzers nicht erfordert. Die verschiedene Behandlung beider Fälle würde einer Strafe für den gleichkommen, der die Sache sorgsam behandelt hat und daher in der Lage ist, sie dem Kläger unversehrt herauszugeben.

Angesichts der geltend gemachten Gründe kann die ausdehnende Auslegung des § 254 nicht in Zweifel gezogen werden. Die Frage, in welchem Umfang und in welcher Weise die Anwendung des § 254 bei den Ansprüchen aus dem dritten Buche im einzelnen möglich ist und ob gar ein allgemeiner Rechtssatz in § 254 enthalten ist, kann erst bei Untersuchung der einzelnen Ansprüche beantwortet werden. An dieser Stelle soll mit der Feststellung, daß § 254 ausdehnend auszulegen ist, die Voraussetzung für die Unersuchung der einzelnen Ansprüche geschaffen werden.

Drittes Kapitel.

Ist § 254 auf den Anspruch aus § 1004 BGB anwendbar?

§ 8. Die Ansicht des Reichsgerichts.

Unter Hinweis auf den im 71. Band S. 191 aufgestellten Satz, daß dem § 254 eine über seinen Wortlaut hinausgehende Bedeutung zukomme, hat das Reichsgericht [1]) in dem oben im § 1 mitgeteilten Fall gegenüber einem Anspruch aus § 1004 den Einwand aus § 254 für zulässig erachtet.

1) RGJW 33 S. 690 Nr. 3 = RGZ 138, 327 ff.

Zu dieser Entscheidung ist zu bemerken, daß sich die Klage nicht unmittelbar auf § 1004 stützt, sondern auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, da die Klägerin an Stelle der Beklagten die Störungsfolgen auf eigene Kosten beseitigt hat und nun diese Kosten erstattet verlangt [2]). Es ist jedoch das Bestehen, sowie der Umfang dieses Bereicherungsanspruches davon abhängig, ob und inwieweit der Klägerin ein Anspruch aus § 1004 zustand, sodaß die Berücksichtigung der verantwortlichen Mitverursachung in Wirklichkeit dem Anspruch aus § 1004 gegenüber stattfindet und nur mittelbar dann auch den Bereicherungsanspruch berührt.

Das Reichsgericht unterscheidet zwei Voraussetzungen bei der Anwendung des § 254, einmal die Mitverursachung und dann die Mitverantwortlichkeit. Die Mitverursachung der Störung durch die Klägerin erblickt das Reichsgericht darin, daß ihre Dämme aus dem gleichen leicht brennbaren Material bestanden, wie die unmittelbar an diese Dämme grenzenden Halden der Beklagen. Die Mitverantwortlichkeit der Klägerin läßt das Reichsgericht nicht von einem Verschulden abhängig sein. Es findet die Mitverantwortlichkeit der Klägerin darin, daß sie durch die Anlage ihrer Dämme aus leicht brennbarem Material selbst Störerin gemäß § 1004 sei. Das Reichsgericht führt hierzu aus, wenn die Dämme der Klägerin zuerst gebrannt hätten und dann das Feuer auf ein mit gleichen Stoffen beschüttetes Nachbargrundstück übergetreten wäre, so wäre die Klägerin deshalb für die Störung beseitigungspflichtig, weil sie ihre Dämme aus leicht brennbarem Material angelegt und dadurch die Störung mitverursacht habe. Wegen der Möglichkeit, daß die klägerischen Halden Eigentumsstörungen verursachen, hält das Reichsgericht die Klägerin bei allen Störungen für beseitigungspflichtig, die von ihren Dämmen mitverursacht werden, auch dann, wenn die Störung das eigene Grundstück betrifft. Die Klägerin muß sich daher unter diesen Voraussetzungen nach Ansicht des Reichsgerichts eine von solchen Anlagen mit herbeigeführte Beeinträchtigung ihres eigenen Grundstücks von der Beklagten aus demselben Grunde entgegenhalten lassen, aus dem sie die Störung eines anderen Grundstücks nach § 1004 zu beseitigen haben würde [3]).

§ 9. Der Anspruch aus § 1004.

Ehe zu der Entscheidung des Reichsgerichts Stellung genommen und die sich hinsichtlich der Anwendung von § 254 auf den Anspruch aus § 1004 ergebenden Fragen im einzelnen behandelt werden sollen, ist auf einige Streitfragen über die Voraussetzungen und den Inhalt des Anspruchs aus § 1004 einzugehen. Dies ist aus methodischen Gründen notwendig, weil das Anwendungsgebiet von § 254 bei § 1004 z. B. ganz verschieden groß ist, je nachdem, ob auf Grund des § 1004 nur die Störung selbst oder auch deren Folgen zu beseitigen sind.

---

2) vgl. hierzu RG in LZ 1924 Spalte 296, Nr. 4; RGZ 127, 33 f.
3) zustimmend Langenbach, Anm. zu RG JW 1933 S. 690 Nr. 3.

Zunächst handelt es sich um die Frage, wer als Störer anzusehen ist. Hierzu sagt das Reichsgericht mit Recht, daß auch der schon „Störer" sei, mit dessen Willen die Schaffung und Erhaltung des die Störung verursachenden oder mitverursachenden Zustandes geschieht [4]). Es genügt also, wenn menschliche Tätigkeit die schädliche Einwirkung von Naturereignissen ermöglicht [5]) und ist nicht erforderlich, daß gerade eine Handlung des Störers die Störung auslöst [6]). Mit gutem Grunde hat daher das Reichsgericht in der Anlage der Dämme aus leicht brennbarem Material eine für die Störung ursächliche Handlung erblickt, ohne es darauf ankommen zu lassen, ob der Brand durch eine Handlung des Beklagten zum Ausbruch gelangt ist.

Was den Inhalt des Anspruchs aus § 1004 anbetrifft, so bestreitet von Tuhr [7]), daß er auf ein Tun gerichtet sei. Er leugnet die Beseitigungspflicht des gutgläubigen Beklagten, während sich die Beseitigungspflicht des Störers, der die störende Anlage errichtet hat, aus § 823 BGB ergeben soll. Ein „Halten" der Anlage liegt nach seiner Ansicht dann nicht vor, wenn der Nachbar mit ihrer Beseitigung einverstanden ist. Hätte von Tuhr recht, dann entfiele die Anwendung des § 254 bei § 1004, da dann mit dem Anspruch aus § 1004 keine wirtschaftliche Aufwendung, sondern nur ein Dulden verlangt werden könnte [8]). Von Tuhr übersieht jedoch, daß auch der, der eine Störung mit eigener Hand verursacht hat, schuldlos sein kann, wie ja auch das Reichsgericht in dem hier erörterten Falle [9]) ein Verschulden der Beklagten nicht hat feststellen können. Ein Anspruch aus § 823 ist in solchen Fällen nicht gegeben, sodaß nach der abzulehnenden Ansicht der Beklagte nur zur Duldung verpflichtet wäre. Zu Unrecht beruft sich von Tuhr auf die Billigkeit [10]). Es wäre im Gegenteil unbillig und würde auch nicht dem Gesetz entsprechen, wenn hier der Beklagte nicht zur Beseitigung angehalten werden könnte. Gegen die Ansicht von Tuhrs spricht aber auch der Wortlaut des § 1004 [11]), wonach der Kläger die „Beseitigung der Beeinträchtigung" verlangen kann und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte gutgläubig war oder nicht. Ferner folgt die Unrichtigkeit der widerlegten Ansicht aus der Entstehungsgeschichte des § 1004. In den Motiven [12]) ist zum Ausdruck gelangt, daß dem Beklagten schlechthin die Pflicht zur Beseitigung auferlegt werden soll, um dadurch eine wünschenswerte, praktische Vereinfachung zu erzielen. Schließlich sprechen rechtsgeschichtliche Gründe dafür, daß der Beklagte stets die Störung auf seine Kosten beseitigen muß. In der Praxis des gemeinen Rechts bestand die Beseitigungspflicht auch für

---

4) Meisner, Nachbarrecht S. 491; Mot. III, S. 425; RG Seuff. Arch. 60 Nr. 55; RG Gruch. Beitr. 48 S. 951; OLGE 41, 162; RGZ 60, 140; 97, 26; 127, 314.
5) Meißner a.a.O.
6) Planck § 1004, 3.
7) von Tuhr, Allg. Teil I S. 251.
8) Gottschalk a.a.O. S. 111.
9) RG JW 1933 S. 690 Nr. 3.
10) von Tuhr a.a.O.
11) Wolff, Sachenrecht § 19, II, 2.
12) Mot. III S. 426.

den, der die Anlage nur hielt [13]). So heißt es z. B. in einer Entscheidung [14]), daß es nicht auf eine Handlung dessen ankomme, dem das schädliche Werk gehöre, sondern nur darauf, daß von dem Werk eine Störung ausgehe. Der Besitzer des schädlichen Werkes sei daher als solcher zu allen positiven und negativen Handlungen verpflichtet, die nötig seien, um den für die Nachbargrundstücke schädlichen Einfluß abzuwenden [15]). Da § 1004 keine Abweichung vom früheren Rechtszustand, sondern im Gegenteil eine schärfere Formulierung des schon vorhandenen Grundsatzes [16]) darstellt, kann der Kläger stets die Beseitigung der Störung vom Beklagten verlangen.

Eine andere Streitfrage, zu der hier Stellung genommen werden muß, handelt davon, was in § 1004 unter „Beseitigung der Beeinträchtigung" zu verstehen sei.

Nach einer weitgehenden Ansicht sind auch die Folgen zu beseitigen, die die Störung auf dem nachbarlichen Grundstück hinterlassen hat [17]). So hat die angeführte Entscheidung des OLG Stuttgart den Hersteller einer Wasserleitung für die auf dem Nachbargrundstück durch einen Rohrbruch verursachten Wasserschäden haften lassen, obwohl er ihn nicht verschuldet hatte und ihn verurteilt, die weggeschwemmte Humuserde wieder aufzufüllen.

Diese Entscheidung geht in der Auslegung des § 1004 zu weit. Der Wortlaut des § 1004 sagt nur, daß die „Beeinträchtigung", nicht aber auch, daß deren „Folgen" zu beseitigen sind. Etwaige Schadensersatzansprüche bestehen lediglich auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen [18]). Richtig legt Wolff den § 1004 so aus, daß ein Anspruch nur so lange gegeben sei, als die Störung noch körperlich fortwirke [19]). Auch die Rechtsgeschichte spricht gegen die weite Auslegung des § 1004. Die Vorschrift knüpft, wie schon hervorgehoben wurde, an das gemeine Recht an, wo mit der actio negatoria Schadensersatz nicht verlangt werden konnte [20]). Die Quellenstelle 1. 5 Cod. 3, 34, wo es heißt, daß auch auf den entstandenen Schaden Rücksicht zu nehmen sei, besagt nur, daß mit der actio negatoria zugleich auch ein Schadensersatzanspruch erhoben werden könne, wenn dessen Voraussetzungen gegeben seien, nicht aber, daß mit der actio negatoria, abweichend von den Vorschriften über Schadensersatzansprüche, Schadensersatz verlangt werden könne [21]).

Ferner spricht der systematische Zusammenhang des Gesetzes gegen die weite Auslegung des § 1004. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823

---

13) Seuff. Arch. 11 Nr. 115; 21 Nr. 16; 23 Nr. 210.
14) Seuff. Arch. Bd. 21 Nr. 16.
15) ebenso Windscheid Bd. I 198 und f. d. Pr. Recht Foerster-Eccius, Preuß. Privatrecht III S. 298 ff.
16) Kipp zu Windscheid I S. 900.
17) Linckelmann, JW 08 S. 8; OLGE 41, 142 ff.
18) Niemeyer, Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages 2. Bd. S. 41 f.
19) Wolff, Sachenrecht § 87, 3.
20) RGZ 6 S. 221; Seuff. Arch. 21 Nr. 213; Ihering, Schuldmoment S. 6, 25 f.
21) RGZ 6 S. 221; 22.

setzt Verschulden voraus. Es ist deshalb nicht anzunehmen, daß § 1004 abweichend von § 823 einen Schadensersatzanspruch auch bei fehlendem Verschulden gibt. Zwar kann Zitelmann [22]) nicht beigestimmt werden, daß sonst ganz allgemein bei jeder unverschuldeten Schadensverursachung ein Schadensersatzanspruch gegeben wäre; denn wie er selbst sagt [23]), setzt § 1004 voraus, daß ein dauerndes Handeln oder ein Zustand vorliegt, sodaß bei einmaligen Schädigungen ein Anspruch aus § 1004 nicht begründet ist. § 1004 ist aber auch deshalb eng auszulegen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich auf dem Boden des Schuldprinzips steht und sonst eine weitgehende Veranlassungshaftung geschaffen würde, die vom Gesetz nicht beabsichtigt ist [24]). Auch ist zu bedenken, daß die bei der Beseitigungspflicht auftauchende Frage, wer die Kosten der Beseitigung tragen soll, zu Ungunsten des Störers entschieden worden ist [25]). Da der Anspruch aus § 1004 nicht von einem Verschulden abhängig ist, war es für den Gesetzgeber ein Problem, ob er überhaupt so weit gehen sollte. Es geht daher nicht an, darüber hinaus dem Beklagten noch eine Schadensersatzpflicht für alle Störungsfolgen aufzuerlegen. Bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches hat man offenbar nicht einmal erwogen, den § 1004 so weit auszulegen. Auch widerspricht dem Zweck des § 1004, den Eigentümer vor Beeinträchtigungen zu schützen, nur der Zustand des „Beschädigtwerdens“, nicht auch das „Beschädigtsein“ [26]). Schließlich spricht die Billigkeit dagegen, den völlig schuldlosen „Störer“ noch weiter zu belasten und ihn auch den Schaden beseitigen zu lassen.

So steht auch die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß mit dem Anspruch aus § 1004 nur die Beseitigung des störenden Eingriffs, nicht aber auch die Beseitigung des weiter durch die Störung hervorgerufenen Schadens verlangt werden könne [27]).

Es kann demnach der Ansicht des Reichsgerichts [28]), die es in der erörterten Entscheidung über den Umfang der Beseitigungspflicht äußert, nicht beigestimmt werden. Wohl bedeutet es für die Dämme der Klägerin eine Beeinträchtigung, daß dort das in den Halden der Beklagten entstandene Feuer weiter brennt, denn die vom Grundstück der Beklagten ausgegangene Störung wirkt durch das Weiterbrennen körperlich fort. Die Klägerin kann also verlangen, daß der in ihren Dämmen wütende Brand von der Beklagten gelöscht werde, und daß sie Maßnahmen zu treffen habe, um ein weiteres Übergreifen der Feuersbrunst unmöglich zu machen. Sie kann dagegen nicht die Beseitigung des Brandschadens verlangen. Die Begründung des Reichsgerichts, daß das Weiterbrennen

---

22) Zeitschr. f. int. Privatrecht 19 S. 459.
23) a.a.O.
24) Walsmann, Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 88 S. 402.
25) Mot. III S. 425.
26) Niemeyer a.a.O. S. 42.
27) Dernburg, Sachenrecht § 80, II, 13; Goldmann-Lilienthal, Sachenrecht § 10, 3 f.; Meisner a.a.O. S. 497 Anm. 1; Niemeyer a.a.O. S. 42; RGRK § 1004, 1; Staudinger § 1004, 6 und § 906, IV, 2 f δ; Zitelmann a.a.O. S. 489; RGZ 45, 299; 51, 408; 63, 374 ff.; RG JW 04, S. 360 Nr. 16; RG Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 73, S. 699; OLGE 10 S. 409; 12 S 133.
28) RGJW 33 S. 690 Nr. 3.

so mit den Veränderungen zusammenhänge, daß die Vorgänge nicht voneinander zu trennen seien, ist nicht stichhaltig; denn in den meisten Fällen hängt die Beeinträchtigung mit dem Schaden irgendwie räumlich oder zeitlich zusammen, und trotzdem läßt sich eine Abgrenzung von Störung und Schaden bewerkstelligen.

§ 10. Methodische Fragen.

Nach dem Wortlaut des § 1004 scheint § 254 dort nicht anwendbar zu sein. Es sieht so aus, als sei der Störer in jedem Falle, ohne Rücksicht auf etwaige besondere Umstände des Einzelfalles beseitigungspflichtig.

Es ist jedoch zu beachten, daß dem Bürgerlichen Gesetzbuch jede Kasuistik fernliegt, es vielmehr die Vielgestaltigkeit des Lebens meist nur durch Aufstellung eines Rechtssatzes für den Normalfall regelt. Daran liegt es, daß das Gesetz oft nur einen groben Durchschnittsmaßstab bietet, der der Mannigfaltigkeit der Fälle gar nicht gerecht wird[29]). Es wäre daher falsch, anzunehmen, § 1004 sei eine starre Rechtsnorm, durch die bewußt jedes Eingehen des Richters auf die Besonderheiten des Einzelfalles ausgeschlossen werden solle. In § 1004 hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen für den im Leben typischen Fall aufgestellt, ohne damit zugleich ein unmittelbares Werturteil[30]) für alle möglichen Fälle zu geben, in denen ein Eigentümer gestört wird. Das Gesetz regelt nur den Fall, daß der Störer ohne schuldhafte Mitverursachung des Gestörten die Beeinträchtigung herbeigeführt hat. In den Fällen, die hiervon abweichen liegt eine Gesetzeslücke vor. Diese Lücke kann darin ihren Grund haben, daß der Gesetzgeber an anders gelagerte Fälle nicht gedacht hat. Wahrscheinlicher aber ist, daß die Regelung aller möglichen Spielarten vermieden und die Ausfüllung etwa sich ergebender Lücken der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen werden sollte[31]).

Eine Frage der Methodik ist es, wie diese Lücke auszufüllen ist. Wir müssen uns an dieser Stelle kurz mit dem Methodenstreit zwischen den mit „Begriffsjurisprudenz" und „Interessenjurisprudenz" bezeichneten Schulen auseinandersetzen, um die Grundlage für die richtige Entscheidung zu gewinnen.

Die Vertreter der Interessenjurisprudenz meinen, um Auslegungsschwierigkeiten zu beseitigen, müsse der Richter fragen, welche Interessen durch die konkrete Vorschrift geschützt seien[32]). Daß das Recht Interessenkonflikte entscheidet, ist nun nie verkannt worden, wie überhaupt kein von der Interessenjurisprudenz bekämpfter Methodiker Interessenabwägungen für ausgeschlossen hält[33]). Der Gegensatz beider Methoden liegt denn

29) Manigk, H.d.R. II. Band Art. Formalismus und Freirechtsschule S. 475; derselbe H.d.R. III. Band Art. Interessenjurisprudenz S. 333 f.

30) Rümelin, Arch. Ziv. Prax. N.F. 2 S. 278.

31) Enneccerus-Nipp. § 53, I 2.

32) Heck, Problem der Rechtsgewinnung S. 32; Müller-Erzbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? S. 48.

33) Oertmann, Interesse und Begriff i. d. Rechtswissenschaft S. 1.

auch wesentlich in dem „Mehr“ oder „Minder“ der Interessenabwägung[34]). Es zeigt sich nämlich, daß in vielen Fällen vom Gesetz derartige Interessenwertungen nicht vorgenommen worden sind. Das ist da der Fall, wo religiöse, soziale und sonst ideelle Anschauungen die Norm bestimmen und eine Berücksichtigung vorhandener Interessen im Wege einer Interessenwertung nicht stattfindet[35]). Auch versagt die Methode der Interessenjurisprudenz in dem Hauptfall der Auslegung, nämlich daß sich im Gesetz eine Lücke befindet. Hier fehlt für eine Vergleichung des entscheidungsbedürftigen Falles mit dem autoritativ entschiedenen Fall, wie es diese Methode empfiehlt[36]), eben dieser autoritativ entschiedene Fall[37]). Heck[38]) schlägt hier vor, auf die in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Werturteile zurückzugreifen. Für den an das Gesetz gebundenen Richter dürfte dies jedoch unzulässig sein, da er damit den Boden des Gesetzes mit freirichterlicher Wertung vertauschen würde und dabei die große Gefahr besteht, daß in zweifelhaften Fällen, um die es sich meist handeln wird, die Frage nach den maßgebenden und richtigen Werturteilen leicht nicht eindeutig beantwortet wird.

Vielfach wird auch die Methodik der Interessenjurisprudenz daran scheitern müssen, daß eine Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen deshalb zu keiner Lösung führt, weil sie so gleichwertig sind, daß keiner der Vorzug gegeben werden kann. Gerade hier birgt die Methode der Interessenjurisprudenz die Gefahr in sich, zu Fehlentscheidungen zu führen, weil sie der Berücksichtigung anderer Gesichtspunkte, als der materiellen Interessen nicht zugänglich ist. Schließlich gibt es Fälle, wo es durchaus zweifelhaft ist, von welcher Interessenlage der Gesetzgeber ausgeht[39]).

Nach alledem läßt sich sagen, daß die Abwägung der Interessenlage zwar methodisch durchaus zulässig und richtig ist, daß sie jedoch nicht alleiniger Inhalt einer Methode der Gesetzesauslegung sein kann, eben weil sie dieser Aufgabe, wie gezeigt wurde, garnicht in allen Fällen, die der Auslegung bedürfen, gerecht werden kann. Mit Recht kommt daher Manigk[40]) zu dem Schluß, daß der methodische Fehler der Interessenjurisprudenz in ihrem methodischen Totalitätsanspruch liegt.

Auf unseren Fall bezogen, findet man bei Abwägung der Interessen bei § 1004 nur, daß dieser Fall nicht allein unter § 1004 fallen kann, weil die Interessen der Beklagten hier ganz anders liegen, wie in dem von § 1004 erfaßten Normallfall. Es stehen der uneingeschränkten Anwendung des § 1004 auf unserem Fall rechtspolitische Erwägungen entgegen[41]), indem die alleinige Beseitigungspflicht des Beklagten bei verantwortlicher Mitverursachung der Störung offenbar eine unbillige und unsachgemäße Entscheidung darstellen würde.

---

34) Manigk a.a.O. S. 677; Oertmann a.a.O. S. 2.
35) Oertmann a.a.O. S. 34.
36) Heck a.a.O. S. 32.
37) Manigk, Savigny und der Modernismus S. 230.
38) Heck a.a.O. S. 32.
39) Manigk H.d.R. S. 676.
40) Manigk a.a.O. S. 680.
41) Oertmann a.a.O. S. 37.

Es ist daher in § 1004 kein Werturteil zu erblicken, das einen für alle möglichen Entscheidungsfälle sicher umgrenzten Befehl gibt [42]). Die Ausfüllung der sich daraus ergebenden Lücken ist mit den Methoden der Interessenjurisprudenz nicht zu erreichen. Soll dem Beklagten hier schon mit der Erwägung geholfen werden können, daß man aus Billigkeitsgründen seine Interessen für begünstigenswert hält? Man muß den Willen des Gesetzes erforschen [43]), um zum richtigen Ergebnis zu gelangen. Dabei ist es allerdings nicht ausgeschlossen, daß im Gesetz vorgenommene Wertabwägungen berücksichtigt werden. Das heißt aber nicht, daß nach der Methode der Interessenjurisprudenz verfahren werden soll. Es sollen vielmehr auch die Wertabwägungen des Gesetzes mit den üblichen Mitteln der logischen Gesetzesinterpretation erkannt werden, d. h. auf Wortlaut, Geschichte, Billigkeit und systematischem Zusammenhang des Gesetzes Bedacht genommen werden.

In dem erörterten Reichsgerichtsfall kann man demnach eine zutreffende, aus dem Gesetz zu begründende Entscheidung, nicht treffen, indem man sagt, die Interessenlage des Beklagten fordere Berücksichtigung und müsse eben deshalb berücksichtigt werden. Man kann auch nicht sagen, daß § 254 eine ähnliche Interessenlage regele wie sie hier gegeben sei, und er deshalb angewandt werden müsse. Es könnte ja sein, daß der Gesetzgeber Gründe hat, die ähnlichen Interessenlagen verschieden zu regeln. Ein tieferes Eingehen auf die gesetzlichen Zusammenhänge mit den angedeuteten Mitteln der Gesetzesauslegung ist deshalb erforderlich, soll die Entscheidung nicht willkürlich sein. Die Gesichtspunkte der Interessenwürdigung dürfen die Rechtsanwendung nicht allein beeinflussen. Es ist vielmehr unsere Aufgabe, durch Herausstellung des in § 254 enthaltenen Grundsatzes die richtige Entscheidung zu gewährleisten. Damit wird das für die Vielzahl der Einzelfälle Wesentliche erfaßt und die Möglichkeit geschaffen, die auf dem Wesentlichen beruhende Gleichheit der Fälle festzustellen [44]), kurz den gewonnenen „Rechtsbegriff in seiner Eigenschaft als legales Bindemittel zu verwerten“ [45]).

§ 11. Gründe, die für die Anwendung des § 254 auf den Anspruch aus § 1004 sprechen.

Im folgenden soll unter Anwendung der oben als richtig bezeichneten Methodik geprüft werden, ob der in § 254 geregelte Fall dem hier zur Entscheidung stehenden ähnlich und ob die analoge Anwendung des im § 254 enthaltenen Rechtsgedankens möglich ist.

Für die analoge Anwendung des § 254 im vorliegenden Fall spricht die Rechtsähnlichkeit des Beseitigungsanspruchs mit dem auf Naturalherstellung gerichteten Schadensersatzanspruch, auf den § 254 unmittelbar

42) Manigk, Artikel Auslegung S. 434.
43) Manigk, Savigny und der Modernismus S. 120.
44) Manigk, Irrtum und Auslegung S. 17.
45) Manigk, ebenda S. 18.

Anwendung findet. Beide Ansprüche haben gemeinsam, daß der Kläger berechtigt ist, vom Beklagten Aufwendungen zu verlangen, um einen von ihm verursachten Zustand aus der Welt zu schaffen. Allerdings bestehen auch Unterschiede. Die subjektiven Voraussetzungen sind verschieden. Ferner ist der Schadensersatzanspruch auf Wiederherstellung einer Sache gerichtet, während der Beseitigungsanspruch nicht auf Ersatz des Schadens geht und auch weniger der frühere Zustand, als vielmehr ein Zustand herbeigeführt werden muß, bei dem eine Störung nicht mehr vorhanden ist. Es ist jedoch andererseits möglich, daß Schadensersatz- und Beseitigungsanspruch auf Vornahme derselben Handlung durch den Beklagten gerichtet sind. Jedenfalls sind die angedeuteten Unterschiede für die analoge Anwendung des § 254 kein Hinderungsgrund.

Neben die Rechtsähnlichkeit der beiden Ansprüche tritt die Rechtsähnlichkeit des unmittelbaren Anwendungsfalles von § 254 und des hier zur Entscheidung stehenden Falles. Diese liegt darin, daß beide Male jemand für etwas verantwortlich gemacht werden soll, wofür ein anderer, und zwar der Anspruchsberechtigte mitverantwortlich ist. Wie bei den Schadensersatzansprüchen so besteht mit gleich gutem Grunde auch beim Anspruch aus § 1004 das Bedürfnis, den Beklagten nicht allein verantwortlich zu machen, wenn auch ein anderer in verantwortlicher Weise die Störung mit herbeigeführt hat. Nur hat das Gesetz diesem Bedürfnis bei den Schadensersatzansprüchen abgeholfen, da es dort am meisten in die Augen springt, während für den § 1004 eine solche unmittelbare Norm fehlt.

Gegen die analoge Anwendung des § 254 beim Anspruch aus § 1004 spricht nicht, daß der Anspruch wie alle dinglichen Ansprüche nicht von einem Verschulden abhängig ist. Es ist herrschende Ansicht[46]), daß § 254 auch dann Anwendung findet, wenn den Beklagten ein Verschulden nicht trifft. Dafür spricht der Wortlaut des § 254, der ein Verschulden des Beklagten nicht voraussetzt. Auch findet § 254 oft unmittelbar Anwendung auf Schadensersatzansprüche, die kein Verschulden voraussetzen, so z. B. bei § 833 BGB[47]). Schließlich wäre es auch unbillig, den Beklagen, der ohne Verschulden in Anspruch genommen werden kann, schlechter zu stellen, als den, der wegen Verschuldens haftet[48]).

Für die Anwendung des § 254 spricht schließlich ein systematischer Grund. Es sind Fälle denkbar, in denen bei einer Eigentumsstörung neben dem Anspruch aus § 1004 auch der Anspruch aus § 823 gegeben ist. Wenn hier das Verschulden des Klägers nicht auch beim Anspruch aus § 1004 berücksichtigt würde, so käme man zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß nach § 1004 der Beklagte die Störung allein zu beseitigen hat, während bei der schärferen Haftung aus § 823 das Verschulden des Klägers zu berücksichtigen wäre. Diese Erwägung verdeutlicht, daß auch

---

46) Dungs, Gruch. Beitr. 54 S. 456; Enneccerus-Lehmann § 16 III; RG RK § 254 1 b; Staud. § 254, 2 b; Weyl, System der Verschuldensbegriffe S. 299. RGZ 112, 286.; RG Gruch. Beitr. 47 S. 909 und 924.

47) Weyl a.a.O.

48) von Tuhr, Iher. Jahrb. 46 S. 54.

im Rahmen des § 1004 das beiderseitige Verschulden der Parteien gegeneinander abgewogen werden muß.

§ 12. Das Verschulden des Beschädigten.

§ 254 setzt voraus, daß ein Verschulden des Beschädigten vorliegt. Was hier unter Verschulden zu verstehen ist, ist sehr umstritten. Weyl [49]) ist der Ansicht, daß „Verschulden" hier im volkstümlichen Sinne, von „schuldsein an etwas" aufzufassen sei. Diese Auslegung würde jedoch zu einer weitgehenden Berücksichtigung der bloßen Verursachung führen. Wenn § 254 ein Verschulden des Beschädigten verlangt, so bringt das Gesetz damit zum Ausdruck, daß die Mitverursachung allein die Anwendung des § 254 noch nicht begründet. Den gleichen Standpunkt wie Weyl vertritt Crome [50]). Er will „Verschulden" im § 254 nicht technisch aufgefaßt wissen. Verschulden soll hier so viel bedeuten wie Verursachung [51]). Es liegt jedoch kein Grund vor, dem Wort „Verschulden" im § 254 eine andere Bedeutung zu geben wie sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch. Aus demselben Grund ist auch die Beweisführung Croissants [52]) abzulehnen. Er nimmt einen Unterschied zwischen den Begriffen des Verschuldens schlechthin und des eigenen Verschuldens an. Er meint, „Verschulden" sei ein rechtsbildender Begriff, während es sich beim eigenen Verschulden um einen tatsächlichen Begriff handele, der nur das Kausalverhältnis berühre. In Wirklichkeit besteht aber ein solcher Unterschied nicht. Beide Begriffe sind rechtsbildend im Sinne Croissants. Verschieden ist nur die rechtliche Folge, indem das eigene Verschulden nicht wie das Verschulden gegen Dritte den Anspruch eines Gegners erzeugt, sondern den Anspruch des Beschädigten beschränkt. Der Willensinhalt ist beide Male der gleiche, nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Es wäre auch seltsam, wenn das Gesetz das Wort „Verschulden" da verwenden würde, wo es eine Verantwortlichkeit nicht voraussetzt. Wenn „Verschulden" im § 254 nicht technisch gemeint wäre und wirklich nur die Abwägung der beiderseitigen Verursachung vorgeschrieben wäre, so blieben trotzdem die Fälle, in denen der Kläger im technischen Sinne schuldhaft gehandelt hat. Es wäre außerordentlich unbillig, wollte man dort nicht das Verschulden der Parteien berücksichtigen.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 254 spricht dafür, daß „Verschulden" im § 254 technisch gemeint ist. In den Protokollen [53]) wird zwar hervorgehoben, daß das Kausalverhältnis vorzügsweise maßgebend sein solle. Dies zeigt aber gerade, daß auch an die Berücksichtigung des

---

49) Weyl a.a.O. S. 299.

50) Crome, Recht der Schuldverhältnisse. S. 794 Anm. 15; dagegen Leonhard Allg. Schuldrecht S. 180.

51) Ebenso Bienenfeld, Seuff. Bl. 68 Seite 494; Endemann, Lehrbuch; I. Bd. § 132 S. 757 Anm. 7a.

52) Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit S. 163; dagegen Oertmann Arch.B.R. 8 S. 376.

53) Prot. I, S. 300.

Verschuldens gedacht wurde. Mit Recht weisen Enneccerus-Lehmann [54]) darauf hin, daß die zweite Kommission „überwiegendes Verschulden" durch „vorwiegend verursacht" nur deshalb ersetzt habe, um auch die Fälle zu erfassen, in denen der Beklagte ohne Verschulden hafte. Das Prinzip der Schadensverteilung sollte also nicht im Wesen geändert, sondern nur verallgemeinert werden [55]). Es muß daher auch das Verschulden der Parteien berücksichtigt werden [56]). Es ist demnach nicht richtig im § 254 nur die Abwägung der beiderseitigen Verursachung vorgeschrieben zu sehen.

In diesem Zusammenhang ist auch Krückmanns Theorie [57]) von der zurechenbaren Selbstgefährdung abzulehnen. Krückmann will § 254 auch dann anwenden, wenn sich jemand schuldlos z. B. dadurch gefährdet, daß er sich mit den Tieren eines Dritten abgibt. Diese Ansicht ist unrichtig, denn entweder liegt ein schuldhaftes Handeln vor, oder es liegt nicht vor. Fehlt aber das Verschulden des Beschädigten, so entfällt die Anwendung des § 254.

Wie schon oben in § 8 bemerkt wurde, erachtet auch das Reichsgericht [58]) ein Verschulden des Klägers bei Anwendung des § 254 nicht für erforderlich. Es läßt zwar dahingestellt, ob die bloße Mitverursachung der Störung durch den Kläger schon zur Anwendung des § 254 genüge. Jedenfalls soll § 254 dann anwendbar sein, wenn sich die Haftung des Klägers aus § 1004 ergibt. In gleicher Weise hat das Reichsgericht schon im 67. Band [59]) die Haftbarkeit des Beschädigten aus § 833 genügen lassen, um den § 254 anzuwenden. Das Reichsgericht hat hierbei den Satz aufgestellt, daß dem Verschulden des Beklagten eine sonst im Gesetz begründete objektive Verantwortlichkeit gleichzustellen sei [60]). Auch in der Wissenschaft wird diese Ansicht zahlreich vertreten [61]). Anderer Ansicht ist Staudinger [62]), der auf Seiten des Beschädigten auf jeden Fall ein Verschulden verlangt.

Das Reichsgericht führt für seine Ansicht die Entstehungsgeschichte des § 254 an. Unter Berufung auf die Motive [63]) weist es darauf hin [64]), daß der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Schadenshaftung streng auf dem Boden des Schuldprinzips aufgebaut habe. Im zweiten Entwurf sei dann das Schuldprinzip nicht mehr voll durchgeführt worden,

---

54) § 12 Anm. 14.

55) Enneccerus-Lehmann a.a.O.

56) So Oertmann § 254, 2a; Wendt ArchivZiv.Pr. 87 S. 741 ff. RGZ 54, 14: RG JW 1912 S. 138 Nr. 11.

57) Verschuldensanrechnung und Gefährdungsaufrechnung, Iher. Jahrb. 52 S. 467; zustimmend Oertmann § 254, 2 h; dagegen Enneccerus-Lehmann § 12 Anm. 13.

58) RG JW 1933 S. 690.

59) S. 121; vgl. ferner RGZ 96 S. 131; Seuff. Arch. 70 Nr. 36 RG Warn. 1922 Nr. 69 S. 84.

60) RGZ 67, 121; RGJW 1933 S. 690.

61) Enneccerus-Lehmann § 12, 4 und Anm. 13; Leonhard Allg. Schuldrecht S. 193; Oertmann § 254, 2h; Planck § 254, 2b Weyl a.a.O. S. 293, β.

62) zu § 255, 2a γ

63) Mot. II S. 23 f.

64) RGZ 67 S. 121.

wie z. B. bei der Haftung des Tierhalters. Das Reichsgericht beruft sich besonders auf einen Antrag, der in der Kommission für die zweite Lesung des zweiten Entwurfes gestellt worden ist. Dieser Antrag lautete:

„Inwieweit eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, welche bei der Entstehung des Schadens, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung desselben mitgewirkt hat, den Ersatzanspruch ausschließt, hängt von den Umständen des Falles, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist". Aus den Protokollen [65]) ergebe sich, daß diese Fassung auf solche Fälle zutreffen sollte, in denen jemand ohne Rücksicht auf Verschulden für seine Handlungen oder für die Handlungen eines Dritten einzustehen hat. Ob die beantragte Fassung, wenn sie Gesetz geworden wäre, dem Richter die Möglichkeit gegeben hätte, auch ohne ein Verschulden des Beschädigten seinen Ersatzanspruch auszuschließen oder zu beschränken muß angesichts des Wortes „Fahrlässigkeit" bezweifelt werden. Jedenfalls läßt aber die Fassung des § 254 keinen Zweifel daran, daß auf Seiten des Beschädigten ein Verschulden vorliegen muß. Gerade der Umstand, daß bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches Klarheit darüber bestand, daß die Schadenshaftung nicht ausnahmslos auf dem Schuldprinzip werde aufgebaut werden können, zwingt zur wörtlichen Auslegung des Wortes „Verschulden" im § 254. Wäre die Anwendung des § 254 auch auf Fälle beabsichtigt gewesen, in denen ein Verschulden des Beschädigten nicht vorliegt, so wäre es nicht schwer gewesen, dem § 254 eine entsprechend andere Fassung zu geben. Es ist daher nicht richtig, wenn Dungs sagt, das Wort „Verschulden" im § 254 sei so zu erklären, daß bei der Fassung des § 254 das Verschulden des Beschädigten als Hauptfall für die Anwendung angesehen worden sei [66]).

Die Anhänger der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht berufen sich schließlich auf die Billigkeit. So sagt Dungs [67]), es sei unbillig, wenn jemand nur deshalb den Schaden nicht mitzutragen brauche, weil er sein eigenes Rechtsgut beschädigt habe, während er im gleichen Falle für die Beschädigung eines fremden Rechtsgutes haften müsse. Dieser Begründung liegt ein Fehlschluß zu Grunde. Dungs übersieht, daß die Handlung, die auf Seiten des Klägers zur Mitursache für seinen Schaden wird, nur dadurch möglich geworden ist, daß der Beklagte durch eine von ihm zu vertretende Handlung die erste Ursache für den Schaden geschaffen hat. Das Gesetz gibt deshalb absichtlich hier dem Kläger den Anspruch auf Ersatz seines vollen Schadens. Wenn der Tierhalter ohne Verschulden haftet, so ist dies eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip. Es ist daher unzulässig den § 254 ausdehnend aus § 833 auszulegen.

Der zu Anfang der Arbeit mitgeteilten Entscheidung des Reichsgerichts [68]) ist daher nur insoweit zuzustimmen, als dort die Anwendung des § 254 auf den Anspruch aus § 1004 für zulässig erachtet wird; sie ist

---

65) Prot. I. S. 300.
66) Dungs, Gruch. Beitr. 43 S. 456.
67) a.a.O.
68) JW 33 S. 690.

dagegen abzulehnen, soweit sie ein Verschulden des Klägers nicht erfordert. Der Versuch des Reichsgerichts eine aus § 1004 herrührende objektive Verantwortlichkeit des Klägers zu begründen und für die Anwendung des § 254 genügen zu lassen, ist aus den erörterten Gründen abzulehnen. Die Verantwortlichkeit des Klägers wird allein durch § 254, d. h. also durch ein Verschulden begründet. Demnach wird die Anwendung des § 254 nicht dadurch gerechtfertigt, daß die Anlagen des Klägers ihrerseits geeignet sind, Eingriffe in fremdes Eigentum zur Folge zu haben. Das Reichsgericht hätte § 254 nur anwenden dürfen, wenn es festgestellt hätte, daß der Kläger seine Anlagen in Voraussicht der durch ihre Brandgefährlichkeit mitverursachten Störung angelegt hatte (Vorsatz) oder wenn es festgestellt hätte, daß der Kläger fahrlässig gehandelt hat, indem er bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte voraussehen müssen, welche Folgen aus der Anlage seiner Dämme würden entstehen können.

„Verschulden" bedeutet in § 254 wie sonst Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Daß eine rechtswidrige Handlung im Falle des § 254 auf Seiten des Beschädigten in der Regel nicht vorliegt, ist ohne Bedeutung. Schuld hat weder etwas mit rechtswidrigem Handeln gegenüber einem anderen noch mit Schädigung eines anderen etwas zu tun. Wie es rechtswidriges Handeln ohne Schuld gibt, so gibt es auch Schuld ohne Rechtswidrigkeit. Während die Rechtswidrigkeit besagt, daß eine Handlung den Vorschriften der Rechtsordnung zuwiderläuft, wird mit der Feststellung, daß eine Handlung schuldhaft ist, nur zum Ausdruck gebracht, daß beim Handelnden im Zeitpunkt der Handlung ein bestimmter Willensinhalt vorgelegen hat. Die Feststellung, daß jemand schuldhaft gehandelt hat, begreift daher nicht notwendig auch die Feststellung in sich, daß die Handlung gegen die Rechtsordnung verstößt.

Fraglich ist, ob § 254 auch Zurechnungsfähigkeit des Beschädigten verlangt; denn damit, daß vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Klägers festgestellt ist, ist noch nichts über seine Zurechnungsfähigkeit gesagt. Vorsätzlich und fahrlässig kann auch ein Kind handeln. Man wird wohl annehmen müssen, daß § 254 die Zurechnungsfähigkeit des Beschädigten nicht verlangt. § 276 nennt als Voraussetzung des Verschuldens Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Obwohl § 276 Abs. 1 Satz 3 die Vorschriften der §§ 827 bis 829 für anwendbar erklärt, ist die Zurechnungsfähigkeit keine weitere Schuldvoraussetzung, ohne die kein Verschulden denkbar wäre. Vielmehr wird durch § 276 Abs. 1 Satz 3 nur bestimmt, daß der Schuldner trotz Vorsatz oder Fahrlässigkeit seine Handlungen nur bei Zurechnungsfähigkeit zu vertreten hat. Zurechnungsfähigkeit des Beschädigten ist zur Anwendung des § 254 nicht erforderlich, da der Beschädigte kein Schuldner im Sinne des § 276 ist. Für dies Ergebnis spricht auch der Wortlaut des § 827, wo es heißt, „wer einem a n d e r e n Schaden zufügt". Der Beschädigte fügt niemals einem anderen, sondern sich selbst einen Schaden zu. Daß das Gesetz keine Zurechnungsfähigkeit des Beschädigten verlangt, hat seinen guten Grund darin, daß es dem Beklagten billigerweise auf keinen Fall zugemutet werden soll, für den

vorsätzlich oder fahrlässig vom Kläger mitverursachten Schaden im vollen Umfange zu haften. Ist zu prüfen, ob etwa ein Kind fahrlässig gehandelt hat, so ist auch bei Anwendung des § 254 nicht derselbe Maßstab bei Beurteilung der erforderlichen Sorgfalt anzulegen, wie bei einem Erwachsenen. D. h. aber nicht, daß damit der § 828 für anwendbar erklärt wird. Es handelt sich nur um eine individuelle Prüfung der Frage, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet worden ist, und nicht wie im § 828 um eine generelle Beschränkung der Verantwortlichkeit.

Führt der Beklagte den Nachweis, daß der Kläger die Störung vorsätzlich oder fahrlässig mitverursacht hat, so steht der Anwendung des § 254 nichts im Wege.

Es wäre jedoch falsch, in § 254 nur die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens vorgeschrieben zu finden. Dies tut Gottschalk [69]). Er meint, daß die Stärke der Ursache stets in Beziehung zur Größe des Verschuldens stehe und daher nur das beiderseitige Verschulden gegeneinander abzuwägen sei. Es ist jedoch durchaus möglich, daß die Ursache, die ein grobfahrlässig Handelnder setzt, den Erfolg zwar auch herbeigeführt haben kann, aber der vom Gegner leicht fahrlässig gesetzten Ursache eine größere Wahrscheinlichkeit für die Herbeiführung des Erfolges zukommt. Hier hat die zweite Ursache den Erfolg vorwiegend verursacht [70]). Träger [71]) führt hiergegen an, es lasse sich der Grad der Wahrscheinlichkeit, in dem eine Handlung den Erfolg herbeigeführt habe, nicht genau bestimmen. Der Grad der beiderseitigen Verursachung soll aber auch garnicht mathematisch genau festgestellt werden. § 287 ZPO gibt ja dem Richter die Möglichkeit, nach freiem Ermessen den Grad der beiderseitigen Verursachung festzustellen. Auch läßt sich der Grad des beiderseitigen Verschuldens nicht ganz genau feststellen, sodaß auch hier nach freiem richterlichen Ermessen das richtige Ergebnis gefunden werden muß. Das richterliche Ermessen bedeutet keine Willkür. Der Richter trifft seine Entscheidung auch hier an Hand des im Prozeß vorgebrachten Tatsachenstoffs. Die deutschen Gerichte haben in langjähriger Praxis den Beweis erbracht, daß sie die sachgemäße Entscheidung zu finden wissen. Der Träger'sche Pessimismus [72]) ist daher völlig grundlos.

§ 13. Schwierigkeiten rechtstechnischer Art stehen der Anwendung nicht entgegen.

Die schwerwiegendsten Bedenken, die sich gegen die analoge Anwendung des § 254 auf den Anspruch aus § 1004 anführen lassen, sind technischer Art. Es geht hier um die Frage, in welcher Weise der Kläger bei der Beseitigung der Störung mitwirken soll.

---

69) a.a.O. S. 99; ebenso Krückmann Jher. Jahrb. 55 S. 7; Träger, Kausalbegriff S. 355.
70) Staud. § 254, 3.
71) a.a.O. S. 353.
72) Träger a.a.O. S. 352.

Sehr einfach beantwortet sich diese Frage, wenn der Kläger, wie es in der erörterten Reichsgerichtsentscheidung [73]) der Fall ist, einen Geldbetrag verlangt, weil er die Beseitigung schon selbst vorgenommen hat. Hier ist der Beklagte ebenso, wie es bei Schadensersatzansprüchen geschieht, die auf Leistung eines Geldbetrages gehen, zur Zahlung eines Betrages zu verurteilen, der unter Berücksichtigung der schuldhaften Mitverursachung des Klägers entsprechend geringer ist als die Beseitigungskosten.

Ebenso bietet es keine Schwierigkeit, wenn der Kläger gemäß § 251 Abs. 2 nur Geldersatz verlangen kann, weil die Beseitigung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Es ist zwar sehr bestritten, ob § 251 Abs. 2 beim Anspruch aus § 1004 entsprechend anwendbar ist [74]). Hier sollen die Gründe, die dafür sprechen, nur kurz gestreift werden, da eine eingehende Behandlung der Streitfrage zu weit führen würde. Das Reichsgericht [75]) lehnt die analoge Anwendung mit der Begründung ab, die §§ 249 ff. seien nur bei Schadensersatzansprüchen anwendbar, wo stets ein Verschulden erforderlich sei, während der Anspruch aus § 1004 kein Verschulden voraussetze. Hiergegen spricht, daß der von einem Verschulden unabhängige Anspruch aus § 833 BGB auch ein Schadensersatzanspruch ist. Es besteht ferner kein Grund, den schuldhaft Handelnden besser zu stellen, als den, der aus objektiven Gründen haftet [76]). Hiergegen führt das Oberlandesgericht Stuttgart in einer Entscheidung [77]) an, daß neben dem Anspruch aus § 823 doch noch ein Anspruch aus § 1004 herlaufe und dann § 251 Abs. 2 nicht zur Anwendung komme. Dabei übersieht es, daß nicht in allen Fällen, wo ein Anspruch aus § 823 besteht, auch § 1004 zum Zuge kommt. In diesen Fällen kommt § 251 Abs. 2 dann stets zur Anwendung. Es ist falsch § 251 Abs. 2 als ein Charakteristikum des Schadensersatzrechts anzusehen. § 251 Abs. 2 ist eine notwendige Vorschrift, die für die Herstellungspflicht schlechthin gilt [78]). Schließlich stellt die Anwendung des § 251 Abs. 2 bei § 1004 keine unzulässige Enteignung des Eigentums dar [79]); sonst könnte man auch bei der Anwendung des § 251 Abs. 2 auf Schadensersatzansprüche in einem gewissen Maße von einer Enteignung oder richtiger von einer Entwertung des Eigentums sprechen.

Wenn man § 251 Abs. 2 auf den Anspruch aus § 1004 anwendet, so hat die Berücksichtigung des Mitverschuldens zur Folge, daß sich der Kläger mit einem entsprechend geringeren Geldbetrag zufrieden geben muß.

---

73) RG JW 33 S. 690 Nr. 3.
74) Dagegen RGZ 51, 411; OLGE 91 S. 163.
75) RGZ 51, 411.
76) von Tuhr, Iherings Jahrb. 46 S. 54.
77) OLGE 41, S. 163.
78) Regelsberger, Iher. Jahrb. 58 S. 170 f.; Staud. § 251, VI, 3. von Tuhr a.a.O. S. 56 f.
79) a. A. RGZ 51, 412.

Die Berücksichtigung des Mitverschuldens ist jedoch auch da durchführbar, wo die eigentliche Beseitigung der Störung vom Beklagten verlangt wird.

Wenn die zur Beseitigung erforderlichen Handlungen in dem Verhältnis teilbar sind, in dem die beiden Parteien beseitigungspflichtig sind, so ist die einfachste Lösung, den Beklagten nur zur Vornahme bestimmter Handlungen zu verurteilen, die im Verhältnis zu den im Ganzen erforderlichen Handlungen seinem Beitrag bei der verantwortlichen Verursachung der Störung entsprechen. Das Gericht kann dem Beklagten die Ausführung bestimmter Maßnahmen vorschreiben [80].

Ist es technisch nicht möglich, daß die Beseitigung der Störung teils vom Kläger und teils vom Beklagten ausgeführt werden kann, so ist der Beklagte allein zur Beseitigung der Störung zu verurteilen. Die Berücksichtigung des Mitverschuldens muß hier auf folgende Weise geschehen.

Der Beklagte ist zur Beseitigung der Störung nur gegen Empfang eines vom Kläger Zug um Zug zu erstattenden Beitrages zu den Beseitigungskosten zu verurteilen. Die Höhe dieses Beitrages richtet sich danach, in welchem Maße der Kläger die Störung schuldhaft mitverursacht hat.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug setzt nach richtiger Ansicht nicht notwendig voraus, daß jeder Teil Gläubiger der gegnerischen Leistung ist. Sie ist schon dann zulässig, wenn nur eine Partei zur Leistung verpflichtet ist, ihre Leistung vom Gegner aber nur dann verlangt werden kann, wenn der Gläubiger seinerseits eine Leistung bewirkt [81]. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist ferner nicht davon abhängig, daß das Gesetz dem Schuldner ausdrücklich einräumt, daß er seine Leistung nur gegen Empfang der Gegenleistung zu bewirken brauche [82]. Zwar ist der § 236 des ersten Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuche gestrichen worden [83], wonach die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung überall da in Frage kommen sollte, wo dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht beigelegt war, auch wenn es über die Voraussetzungen des technischen Zurückbehaltungsrechts hinausging [84]. Trotzdem ist die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nach dem geltenden Recht überall da zulässig, wo der Schuldner zur Leistung nur gegen Empfang einer Leistung des Gläubigers verpflichtet ist [85], so z. B. bei § 255.

Ein solches Zurückbehaltungsrecht im weiteren Sinne wird auch durch § 254 geschaffen. § 254 findet unmittelbar auf den Fall Anwendung, wo gemäß § 249 Schadensersatz durch Naturalherstellung verlangt wird. Hier kann § 254 praktisch nur so angewandt werden, daß der Kläger sich durch einen Beitrag, der u. U. nur in einem Geldbetrag bestehen kann,

---

80) Staud. § 1004, 5a d.
81) Reuter, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug S. 11.
82) Reuter a.a.O. S. 42.
83) Prot. I S. 313.
84) Mot. II S. 44.
85) Reuter a.a.O. S. 43.

an der Wiederherstellung beteiligt. § 254 gibt also schon da, wo er unmittelbar Anwendung findet, in gewissen Fällen dem Beklagten das Recht, vom Kläger einen Beitrag zur Ersatzleistung zu verlangen, ohne daß ihm auf die Leistung dieses Beitrages ein klagbarer Anspruch zusteht. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist in diesen Fällen das einzige Mittel, mit dessen Hilfe der Beklagte die Gegenleistung erzwingen kann [86]. Es ist aber ein unbestrittener Rechtssatz, daß die Rechtsordnung mit der Befugnis auch die Mittel zur Durchsetzung gibt. Da das dargestellte Verfahren das einzige Mittel bildet, mit dessen Hilfe der Beklagte die ihm zustehende Befugnis durchsetzen kann, so ist damit die Zulässigkeit dieses Weges außer Frage gestellt. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist also in gewissen Fällen die zwangsläufige Folge der Anwendung des § 254.

Gegen die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bei Anwendung des § 254 kann nicht eingewandt werden, daß dadurch der Kläger zu einer Leistung gezwungen werde, auf die der Beklagte keinen gesetzlichen Anspruch habe. Der Beklagte erhält ja damit keinen vollstreckbaren Titel gegen den Kläger. Wie § 254 dem Verletzer keinen Anspruch darauf gibt, daß der Beschädigte die Beschädigung nicht mitherbeiführt, sondern die Nichtverursachung als bloße Rechtspflicht [87] nur Vorbedingung für einen Rechtserwerb [88] sein läßt, so schafft auch die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug keine dem § 254 widersprechende Schuldnerpflicht. Die Leistung des Beitrages ist lediglich eine Vorbedingung dafür, daß der Beklagte die Störung beseitigen muß.

Nach alledem kann der hier zur Überwindung der Schwierigkeiten beschrittene Weg nicht als eine unzulässige Rechtsschöpfung angesehen werden. Abgesehen davon, daß § 254 im Hinblick auf § 249 selbst diesen Weg weist, führt er im Ergebnis den mit § 254 bezweckten Erfolg folgerichtig herbei. Es bleibt sich schließlich gleich, ob der Beklagte eine entsprechend geringere Leistung bewirkt, oder ob er die ganze Leistung macht, aber die Mehrleistung in Geld ersetzt bekommt. Wirtschaftlich steht er sich in keinem Falle schlechter, und der rechtspolitische Zweck des § 254 wird auf beide Arten völlig gleichwertig erreicht. Wenn Jung [89] sagt, daß die Verteidigung des Beklagten die Durchbruchsstelle des Billigkeitsrechts sei, so wird hier dem Beklagten ein Weg gegeben, der es ermöglicht, in billiger Weise die schuldhafte Mitverursachung des Klägers zu berücksichtigen.

Würde man den hier aufgezeigten Weg nicht beschreiten, so würde die Berücksichtigung des Mitverschuldens beim Anspruch aus § 1004 davon abhängen, ob ein Geldbetrag oder die Beseitigung selbst verlangt wird. Dies würde zu einer gänzlich ungerechtfertigten Unterscheidung und zur Außerachtlassung der Möglichkeit führen, zu einer sachgemäßen Entscheidung zu gelangen.

---

86) Reuter a.a.O. S. 23.
87) Manigk, Artikel Schuldverhältnisse S. 378.
88) Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 185.
89) Jung, Arch.z.Pr. 118 S. 115.

Die Durchsetzung des auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung lautenden Titels bietet keine besonderen Schwierigkeiten. Man wird fragen, wie denn nun der Beklagte seine Leistung gegen Empfang der Gegenleistung bewirken soll? Es ist technisch nicht möglich, daß er sie gegen Empfang des Beitrages, d. h. im Wege des gegenseitigen Austausches bewirkt.

Diese Schwierigkeit läßt sich jedoch ohne viel Mühe überwinden. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder werden die Leistungen freiwillig bewirkt, oder es werden die staatlichen Vollstreckungsorgane in Anspruch genommen.

Da die gleichzeitige Bewirkung der Leistungen nicht möglich ist, muß es genügen, wenn die Leistung von jeder Seite derart erfolgt, daß der Leistende die volle Sicherheit hat, die ihm gebührende Gegenleistung zu erhalten [90]). Denn der rechtspolitische Zweck der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist der, daß keiner seine Leistung bewirken soll, ohne daß er sichergeht, die ihm gebührende Leistung zu empfangen.

Wollen es die Parteien nicht zur Zwangsvollstreckung kommen lassen, und bewirken sie im Vertrauen aufeinander ihre Leistungen, so interessiert dieser Weg hier nicht weiter.

Leistet der Beklagte im Vertrauen auf ein Versprechen des Gegners, und erhält er dann die Gegenleistung nicht, so bleibt ihm höchstens offen, aus § 826 BGB gegen den Kläger zu klagen. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug verschafft nur dem Kläger, nicht auch dem Beklagten einen vollstreckbaren Titel.

Um allen Enttäuschungen vorzubeugen, sichert sich der Beklagte am besten dadurch, daß er die Mitwirkung eines unbeteiligten Dritten [91]) in Anspruch nimmt. So würde eine Vereinbarung zweckmäßig sein und den Parteien weitgehende Sicherheit bieten, daß der Kläger seinen Beitrag bei einer Bank niederlegen soll mit der Abrede, daß die Bank den Betrag nach Beseitigung der Störung dem Beklagten herausgeben soll.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich dann, wenn der Kläger seinen Beitrag dem Beklagten nicht aushändigen will, sondern ihm ausreichende Sicherheiten (Hinterlegung des Betrages bei einer Bank usw.) bietet, während der Beklagte sich damit nicht zufrieden gibt und die Beseitigung nicht ausführen will. Nach dem Wortlaut des § 765 ZPO kann das Gericht die im § 887 ZPO vorgesehenen Vollstreckungsmaßnahmen hier nicht anordnen, weil der Beklagte weder befriedigt ist, noch sich im Annahmeverzug befindet. Würde man dem folgen, so müßte die Berücksichtigung des Mitverschuldens meist an dieser Stelle scheitern. Es läßt sich jedoch durch eine weite Auslegung des § 765 ZPO helfen. So sagen Stein-Jonas [92]) das Gesetz verlange für den Beweis, daß der Schuldner befriedigt sei, nicht, daß die Gegenleistung erfolgt sein müsse. Für diese Auslegung des § 765 ZPO spricht auch, daß die Zivilprozeßordnung gerade bei der Zwangsvollstreckung aus den Titeln, die auf Leistung Zug

---

90) Planck § 274, 1.
91) Planck § 274, 1.
92) Kommentar II. Bd. § 765 Anm. 11.

um Zug gehen, es darauf abgestellt hat, beide Parteien möglichst zu sichern. Im Zwangsvollstreckungsrecht konnte aber der Gesetzgeber die sich aus der Mannigfaltigkeit des materiellen Rechts ergebende Vielgestaltigkeit der Einzelfälle unmöglich voraussehen. Es muß daher genügen, wenn der Sinn des § 765 erlaubt, ihn auf den gegebenen Fall anzuwenden. Danach kann das Gericht, wenn sich der Beklagte trotz ausreichender Sicherung durch den Kläger weigert, die Beseitigung vorzunehmen, diesen gemäß § 765 ZPO ermächtigen, die Beseitigung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Wenn dann das Gericht den Schuldner gemäß § 887 Abs. 2 zur Vorauszahlung der Kosten verurteilt, so kann es den Betrag, den der Gläubiger zahlen muß, abziehen. Die gleichzeitige Bewirkung der beiderseitigen Leistungen wird so sehr zweckmäßig erreicht. Auch erleidet der Gläubiger hierbei insofern keinen Schaden, als er ja die von ihm geleisteten Sicherheiten zurücknehmen kann, da sie jetzt gegenstandslos geworden sind.

Hiermit ist der Nachweis erbracht, daß sich der Berücksichtigung der verantwortlichen Mitverursachung beim Anspruch aus § 1004 auch bei der Zwangsvollstreckung keine unüberwindlichen Schwierigkeiten entgegenstellen. § 254 läßt sich also bei § 1004 auch da anwenden[93]), wo nur zwischen Eintritt oder Nichteintritt der Rechtsfolge entschieden werden kann[94]).

§ 14. Einige Fragen zur Anwendung des § 254 auf den Anspruch § 1004.

A. Die Abwägung der beiderseitigen Verantwortlichkeit.

Während auf Seiten des Klägers nur die schuldhafte Mitverursachung zu berücksichtigen ist, ist beim Beklagten zu unterscheiden, ob lediglich der Anspruch aus § 1004 gegeben ist oder ob er auch schuldhaft gehandelt hat.

Im zweiten Fall ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, daß der Beklagte sowohl aus § 1004 zur Beseitigung der Störung verpflichtet ist, wie auch, daß er schuldhaft gehandelt hat. Es trifft ihn also eine gesteigerte Verantwortlichkeit, die in der Weise zu berücksichtigen ist, daß er bei gleicher Verursachung und gleichem Verschulden zum größeren Teil zur Beseitigung der Störung verpflichtet ist[95]). Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß das Verschulden des Beklagten seine Beseitigungspflicht aus § 1004 überdecke. Die objektive Verantwortlichkeit tritt hinter dem Verschulden nicht zurück, sondern trit daneben, sodaß es besonders schwer ins Gewicht fällt, wenn der Beklagte aus subjektiven, wie aus objektiven Gründen verantwortlich ist.

Trifft dagegen nur den Kläger ein Verschulden, so ist es zweifelhaft, ob dadurch sein Anspruch stets ausgeschlossen wird, oder ob auch hier eine

93) Meisner a.a.O. S. 507.
94) a. A. Oertmann § 254, 3 b.
95) So Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 193 für den entspr. Fall im Schuldrecht.

entsprechende Verteilung der Beseitigungspflicht stattfindet. Richtiger Ansicht nach schließt die schuldhafte Mitverursachung der Störung durch den Beschädigten seinen vom Verschulden unabhängigen Anspruch nicht schlechthin aus [96]. Weyl [97] macht hiergegen geltend, daß sich hier zwei unvergleichbare Größen gegenüberständen. Es wird jedoch durch den Begriff der „gesetzlichen Verantwortlichkeit" ein gemeinsamer Nenner geschaffen, der beide Größen vergleichbar macht. Auch ist in diesem Zusammenhang auf § 9 des Kraftfahrzeuggesetzes und auf § 20 des Luftverkehrsgesetzes hinzuweisen, wo die Regeln des § 254 auch bei der Gefährdungshaftung Anwendung finden. Wenn § 1004 auch keine Gefährdungshaftung darstellt, so hat er mit ihr doch die objektive Verantwortlichkeit des Beklagten gemeinsam. Dazu kommt, wie schon im § 11 hervorgehoben worden ist, daß die Anwendbarkeit des § 254 nicht von einem Verschulden des Beklagten abhängt.

Anderer Ansicht ist das Reichsgericht [98]. Zu Unrecht beruft es sich auf § 840 Abs. 3. Zwar findet § 840 Abs. 3 ganz allgemein auch auf das Verhältnis zwischen Verletzer und Verletztem Anwendung. Doch hat § 840 Abs. 3 nicht den Sinn, daß bei der geringsten Schuld der einen Partei diese allein die Folgen zu tragen hat [99]. § 840 Abs. 3 ist unter Berücksichtigung von § 254 auszulegen. Dies gebietet die Billigkeit, sowie ferner der Umstand, daß § 254 und § 840 Abs. 3 beide die Schadenstragung bei mehreren Verantwortlichen regeln [100]. Da nun § 254 die Abwägung auch für den Fall vorsieht, daß nur eine Partei aus subjektiven Gründen verantwortlich ist, so ist § 840 Abs. 3 dahin auszulegen, daß nicht jede Schuld die Verteilung des Schadens ausschließt, sondern daß auch hier zu berücksichtigen ist, wodurch der Schaden vorwiegend entstanden ist. Dadurch wird § 840 Abs. 3 nicht etwa überflüssig. Nur muß er aus § 254 ausgelegt werden, damit der dort niedergelegte Rechtsgrundsatz überall zur Anwendung kommen kann. Bei dieser Auslegung schließt § 840 Abs. 3 die objektive Haftung des Beklagten nicht schon bei jedem noch so geringen Verschulden des Klägers aus, sondern nur dann, wenn diesen ein erhebliches Verschulden trifft.

Im einzelnen ist danach folgendes zu beachten. Bei leichter Fahrlässigkeit des Klägers darf die Klage nicht abgewiesen werden; es muß hier die Beseitigungspflicht angemessen verteilt werden. Bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Klägers ist dagegen die Klage abzuweisen. Die richtige Entscheidung kann im einzelnen Fall nur durch die dem freien richterlichen Ermessen unterliegende Abwägung gefunden werden.

---

96) Leonhard a.a.O. S. 192.
97) a.a.O. S. 300.
98) RGZ 71 S. 8.
99) a. A. Dungs, Gruch. Beitr. 54 S. 550; OLG Naumburg im Recht 1910 Nr. 3177 und 4488.
100) Leonhard a.a.O. S. 729.

B. § 254 ist auf den Unterlassungsanspruch aus § 1004 nicht anwendbar.

Nicht anwendbar ist § 254 dagegen auf den Unterlassungsanspruch aus § 1004; auch dann nicht, wenn die drohende weitere Beeinträchtigung im Falle ihres Eintritts auf einem Verschulden des Klägers beruhen würde. Mit der Unterlassungsklage verlangt der Kläger nur, daß der Beklagte keine Ursache mehr für eine weitere Beeinträchtigung setzt. Da im Falle der mitwirkenden Verursachung die vom Beklagten gesetzte Ursache für sich allein schon geeignet sein muß, die Störung herbeizuführen, kann es für die Pflicht des Beklagten, weitere Beeinträchtigungen zu unterlassen, nicht darauf ankommen, ob diese Beeinträchtigungen auch durch Handlungen des Klägers mitverursacht zu werden drohen. Der Kläger kann also, ohne daß er den Einwand aus § 254 zu befürchten hat, verlangen, daß ein auf dem Nachbargrundstück schwelender Brand gelöscht wird, auch wenn er beim Übergreifen des Feuers auf sein Grundstück wegen seines schuldhaften Verhaltens mitverantwortlich wäre. Eine Beeinträchtigung wäre auch dann zu besorgen, wenn keine schuldhafte Handlung des Klägers vorläge, die im Falle einer Beeinträchtigung durch den Beklagten seine Mitverantwortlichkeit zu begründen geeignet wäre. Das beweist, daß die Handlungen des Klägers für die Tatsachen, die die Unterlassungsklage begründen, nicht kausal sind.

Für die Anwendung von § 254 ist ferner dann kein Raum[101]), wenn die Beseitigung der Beeinträchtigung keine wirtschaftlichen Aufwendungen erfordert, wenn z. B. nur das Abstellen eines Hebels erforderlich ist.

C. § 254 ist nicht anwendbar, wenn nur der Kläger die Störung in adäquater Weise verursacht hat.

Schließlich sind in diesem Zusammenhang noch zwei vom Reichsgericht[102]) entschiedene Fälle zu erörtern, in denen die Klage darauf gestützt ist, daß durch übermäßige Geräusche benachbarter Werkstätten Störungen verursacht wurden. Das Reichsgericht hat die Klage in beiden Fällen mit der Begründung abgewiesen, daß die Störungen erst durch Handlungen des Klägers ermöglicht worden seien, indem er beim Bau seiner Wände regelwidrig verfahren sei und bei ordnungsgemäßen Bau die Geräusche nicht hätten durchdringen können. Diese Entscheidungen beruhen nicht, wie Langenbach[103]) meint, auf einer Anwendung des § 254. Nicht um die Einwendung des Mitverschuldens, sondern um ein Leugnen des Klaggrundes handelt es sich hier. Eine verständige Auslegung der §§ 906 und 1004 führt dahin, daß nur solche Maßnahmen als Störungsursachen anzusehen sind, die auch dann eine Störung verursachen

---

101) Gottschalk a.a.O. S. 111.
102) RG Gruch. Beitr. 43 S. 476; JW 1912 S. 589 Nr. 9.
103) JW 33 S. 690 zu Nr. 3.

würden, wenn der Nachbar die regelmäßigen Schutzvorrichtungen getroffen hätte. Während in den Fällen, die im Abschnitt A dieses Paragraphen behandelt worden sind, vorausgesetzt wurde, daß die Handlungen des Beklagten allgemein geeignet seien, das Eigentum des Klägers zu beeinträchtigen, so liegen die Verhältnisse hier insofern anders, als die Handlungen des Beklagten die Störung nach den allgemeinen Lebenserfahrungen nicht zu erklären vermögen. Nur im Sinne der abzulehnenden von Buri'schen Äquivalenztheorie [104]) sind hier die Geräusche, die vom Nachbargrundstück ausgehen, als Ursachen der Beeinträchtigung anzusehen. Nach der richtigen Kausallehre [105]) jedoch, die nicht jede Ursache im naturwissenschaftlichen Sinne auch als rechtlich-relevante Ursache ansieht, sind die Geräusche keine Störungsursachen, da sie für sich allein den Erfolg, nämlich die eingetretene Störung, gar nicht zu erklären vermögen.

In der oben mitgeteilten Reichsgerichtsentscheidung [106]) waren die Dämme der Beklagten so beschaffen, daß nach der erfahrungsgemäßen Lebensregel die Inbrandsetzung benachbarter leicht brennbarer Stoffe erklärt wird. Nach der Erfahrung des Lebens muß man davon ausgehen, daß bei der Entzündung leicht brennbarer Gegenstände sich in der Nähe Gegenstände befinden, die leicht mit in Brand gesetzt werden können. Dagegen waren die von der Werkstätte ausgehenden Geräusche nicht geeignet, Eigentumsstörungen zu verursachen. Man darf, wenn man die Erfahrungen des Lebens als Erklärungsmaßstab berücksichtigt, davon ausgehen, daß die Wohnungen so gebaut sind, daß Geräusche dieser Art nicht als Störungen empfunden werden. Wenn daher bei einer Bauweise, wie sie allein üblich ist, die Geräusche für die Bewohner keinen störenden Lärm darstellen, so kann nicht davon die Rede sein, daß die Geräusche sich für die Bewohner, die in schlecht gebauten Wohnungen wohnen, als Störungen im Sinne der §§ 906 und 1004 darstellen.

Die Klagabweisung ist hier nicht auf die Anwendung des § 254 zurückzuführen, sondern erklärt sich daraus, daß schon die Voraussetzungen für die Klage aus § 1004 nicht vorliegen. Praktisch bedeutet dies, daß es zur Abweisung der Klage eines Verschuldens des Klägers nicht bedarf [107]), sondern die bloße Verursachung genügt. Das Reichsgericht müßte daher ebenso entscheiden, wenn der Kläger an der regelwidrigen Bauweise nicht schuld wäre.

Endemann [108]) ist dagegen der Ansicht, § 254 sei auch anwendbar, wenn der Kläger allein den Erfolg verursacht habe. Hier ergibt sich aber die Entscheidung schon aus der Kausalitätslehre. Wie schon angedeutet, wurde, muß hier die Klage wegen Fehlens des Klaggrundes abgewiesen werden [109]). Während bei Anwendung des § 254 der Beklagte für das Mitverschulden des Klägers die Beweislast trägt, ist hier der Kläger

---

104) Kausalität, insbesondere S. 13.

105) Enneccerus-Lehmann § 11, 2; Leonhard a.a.O. S. 163, 166; Mezger Strafrecht S. 122; RGZ 10, 52; Seuff. Arch. 39 Nr. 11; 64 Nr. 7.

106) RG JW 1933 S. 690.

107) Leonhard a.a.O. S. 183.

108) Lehrbuch erster Band, § 132 S. 755 f.

109) so Leonhard a.a.O. S. 184, Planck § 254, 2a. Träger a.a.O. S. 327.

beweispflichtig, da das Vorliegen des ursächlichen Zusammenhangs zu den Klagvoraussetzungen gehört.

Damit kann die Untersuchung über die Anwendbarkeit des § 254 auf den Anspruch aus § 1004 als abgeschlossen gelten.

Auf alle mit § 254 zusammenhängenden Streitfragen im Rahmen dieser Arbeit einzugehen, würde zu weit führen. Bei diesen Fragen, z. B. wie die Verweisung in § 254 Abs. 2 auf § 278 zu deuten sei, handelt es sich nicht um Probleme, die für die Anwendung des § 254 auf dingliche Ansprüche von Bedeutung sind.

Der Anspruch aus § 1004 steht nach § 1027 dem Grunddienstberechtigten, nach § 1065 dem Nießbraucher, nach § 1090 dem Inhaber einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, sowie nach § 1227 dem Pfandgläubiger entsprechend zu. Hier ist also § 254 in gleicher Weise anwendbar, wie auf den Anspruch aus § 1004.

Viertes Kapitel.

Ist § 254 auf den Anspruch aus § 985 anwendbar?

§ 15. Rechtsprechung und Wissenschaft zu dieser Frage.

Auch in diesem Kapitel, in dem die Anwendbarkeit von § 254 auf den Herausgabeanspruch des § 985 zu untersuchen ist, soll wieder von einer Entscheidung des Reichsgerichts ausgegangen werden. Der Tatbestand dieser Entscheidung ist schon auf Seite 1 f. geschildert worden. Das Reichsgericht [1]) lehnt dort die Anwendbarkeit des § 254 auf den Anspruch aus § 985 ab. Da die Klage auf § 990 gestützt ist, läßt es den Einwand aus § 254 durchgreifen, bemerkt aber, daß gegenüber dem Anspruch aus § 985 das Mitverschulden des Klägers nicht eingewandt werden könne. Das Reichsgericht führt aus, wenn der Herausgabeanspruch aus § 985 einem Sachdensersatzbegehren unter Umständen auch mehr oder weniger ähnlich erscheine, da er auch auf Ausgleichung der durch die Vorenthaltung der Sache im Vermögen des Eigentümers entstandenen Lücke gerichtet sei, so sei er doch kein Schadensersatzanspruch und ihm daher nicht gleichzustellen. Ob durch Vorenthaltung der Sache ein Vermögensschaden entstanden sei, und ob der Beklagte an der Verursachung des vorhandenen Schadens schuld sei, spiele bei § 985 keine Rolle. Der Beklagte dürfe die Sache nicht behalten, weil das dem Eigentum des Klägers widerstreite, auch wenn er bezüglich des Abhandenkommens noch so sehr im Verschulden sei.

Ähnlich äußert sich die Wissenschaft gegen die Berücksichtigung des Mitverschuldens beim Anspruch aus § 985. Es wird dem § 254, wie in dieser Arbeit schon nachgewiesen worden ist, zwar eine über seinen Wortlaut hinausgehende Bedeutung zugebilligt; trotzdem hält man es für

1) RGZ 93 S. 281 ff.

richtig, daß das Reichsgericht es ablehnt, § 254 auf den Anspruch aus § 985 anzuwenden [2]).

Die von Fröhner [3]) hiergegen vorgebrachte Auffassung, der Anspruch aus § 985 sei ein Schadensersatzanspruch, ist abzulehnen, da sie, wie oben § 6 schon nachgewiesen worden ist, sich nicht halten läßt.

Um zur richtigen Entscheidung zu gelangen, ist wieder davon auszugehen, daß das Gesetz in vielen Fällen schuldrechtliche Vorschriften auf dingliche Ansprüche für anwendbar erklärt und durch seinen systematischen Aufbau die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften auch für sachenrechtliche Ansprüche bereitstellt.

Wie bei § 1004 taucht auch bei § 985 wieder die Frage auf, ob hier eine starre Rechtsnorm vorliegt, die andere als die in den folgenden Vorschriften (§§ 986 und 1000) ausdrücklich vorgesehenen Einwendungen nicht zuläßt, oder ob auch hier nur ein Normalfall geregelt ist, und im übrigen ein Eingehen auf die Eigenarten des Einzelfalles nicht ausgeschlossen ist.

§ 16. Das Lösungsrecht. Bedeutung seiner Abschaffung. Gründe, die für die Anwendung des § 254 auf den Anspruch aus § 985 sprechen.

Um über die Zulässigkeit der Anwendung Klarheit zu erlangen, ist es notwendig, auf die Geschichte des § 985 einzugehen. Für den Gesetzgeber war es von jeher ein Problem, wie der Konflikt zu lösen sei, der entsteht, wenn der Eigentümer seine Sache von einem Dritten herausverlangt, der sie entgeltlich erworben hat. Die Geschichte des Lösungsrechts läßt erkennen, daß dies Problem nicht immer gleichartig gelöst worden ist. Nach mittelalterlichen Rechtsordnungen mußte die auf offenem Markt gekaufte Sache dem bestohlenen Eigentümer zwar herausgegeben werden; jedoch war der Käufer berechtigt, vom Eigentümer den Kaufpreis ersetzt zu verlangen, den er dem Verkäufer hatte zahlen müssen [4]). Das Preußische Allgemeine Landrecht, das allerdings den gutgläubigen Erwerb an freiwillig fortgegebenen Sachen nicht vorsah, gab jedem redlichen Erwerber das Recht, den aufgewandten Kaufpreis ersetzt zu verlangen [5]). Eine ähnliche Regelung hatte das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch getroffen [6]).

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist, abgesehen von dem in Artikel 94 Absatz 2 des Einführungsgesetzes vorgesehenen Ausnahmefall für gewerbliche Pfandleiher und Pfandleihanstalten, das Lösungsrecht abgeschafft worden. Aus § 94 EG BGB folgt eindeutig, daß das Gesetz mit dieser Rechtseinrichtung hat brechen wollen. Es hat jetzt auch der redliche Erwerber einer gestohlenen oder abhanden gekommenen Sache, der gemäß

---

2) Enneccerus-Lehmann § 12 Anm. 20; Oertmann § 254, 3 b.
3) LZ 1921 S. 14.
4) Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum. S. 256 ff. M. Wolff § 68 IV.
5) ALR I, 15 §§ 17 ff. und §§ 42 ff.
6) §§ 296, 314, 315; vgl. Planck, Sachenrecht S. 22; Wolff a.a.O.

§ 935 kein Eigentum erwirbt, keinen Anspruch mehr auf Ersatz des von ihm gezahlten Kaufpreises [7]. Es wäre nun falsch, aus dieser Regelung zu schließen, daß der Anspruch aus § 985 von Einwendungen, die den entgeltlichen Erwerb der Sache durch den Besitzer zum Gegenstand haben, stets unberührt bleiben soll.

Aufschlußreich sind hier die Erwägungen, die für die Abschaffung des Lösungsrechts ausschlaggebend waren.

Im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch war vorgesehen, dem redlichen Erwerber, der nicht Eigentümer wurde, unter bestimmten Voraussetzungen als Ausgleich den Lösungsanspruch zu geben [8]. Dagegen ließ die Kommission für die zweite Lesung das Lösungsrecht fallen. Zur Begründung hieß es, daß dem Lösungsrecht wegen des Prinzips „Hand wahre Hand" und des damit zusammenhängenden Eigentumserwerbs durch Gutgläubige keine große Bedeutung mehr zukomme, und daher kein praktisches Bedürfnis für seine Aufrechterhaltung bestehe [9]. Man fürchtete ferner, daß man mit dem Lösungsanspruch der Hehlerei und unredlichen Besitzern Vorschub leisten könne, sowie, daß die Durchführung des Lösungsrechts zu mancherlei Streitigkeiten führen werde. Schließlich sah man im Lösungsanspruch eine Bevorzugung des bemittelten Eigentümers und nahm an, daß der Anspruch dem redlichen Erwerber erhebliche Vorteile garnicht biete [10].

Daraus geht hervor, daß für die Abschaffung des Lösungsrechts nicht so sehr dogmatische als praktische rechtspolitische Gründe entscheidend waren. Das Lösungsrecht ist nicht deshalb nicht ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden, weil es mit dem Eigentumsanspruch unvereinbar wäre. Der Gesetzgeber hat eben nur die Interessen des redlichen Erwerbers nicht für so wichtig gehalten, um den Interessenkonflikt zu seinen Gunsten zu entscheiden.

Die Abschaffung des Lösungsrechts ist also kein Grund, den § 985 als starre Rechtsnorm anzusehen. Der Gesetzgeber hat nur den besonderen Fall, daß eine abhanden gekommene Sache von einem Redlichen erworben wird, ausdrücklich dahin entschieden, daß der Erwerber keinen Anspruch auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises hat. Die Gründe, aus denen er diese Regelung getroffen hat, lassen eine Stellungnahme zum Fall des verschuldeten Verlustes der Sache nicht erkennen. Daß das Gesetz den Normalfall zu Gunsten des Eigentümers geregelt hat, ist kein Grund, die hiervon abweichenden Fälle ebenso zu entscheiden.

Da nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz den Fall des verschuldeten Abhandenkommens deshalb nicht geregelt hat, um hier bewußt den Ausgleich zu versagen, liegt eine Lücke vor, die der Auslegung bedürftig ist. Für die Anwendung des in § 254 enthaltenen Rechtsgedankens sprechen gute Gründe. In erster Linie ist es die Billigkeit, die die Anwendung des § 254 fordert. Es wäre ein eigenartiges und vollkommen unverständliches Ergebnis, wenn beispielsweise jemand, der grob-

7) Planck § 935, 1 und Vorbem. 6, vor § 994; M. Wolff § 12 Anm. IV.
8) Mot. III. S. 417 f.
9) Prot. III S. 367 ff.
10) Prot. a.a.O.

fahrlässig sein Fahrrad die ganze Nacht unangeschlossen vor seinem Hause stehen läßt, es von dem, der es redlich vom Dieb gekauft hat, herausverlangen könnte, ohne irgendwie den Schaden, den der Erwerber dadurch erleidet, mittragen zu mssen. Dies hieße das Entgegenkommen, das § 935 dem Eigentümer gewährt, in unzulässiger Weise überspannen. Dazu kommt, daß nach § 990 sogar der Besitzer, der grobfahrlässig in Unkenntnis war, sich gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Eigentümers unstreitig auf § 254 berufen kann. Es ist daher ganz ungerechtfertigt, dem redlichen Besitzer die Berufung auf das Mitverschulden des Eigentümers nur deshalb zu versagen, weil er die Sache noch hat und sie deshalb herausgeben kann. (Vgl. oben Seite 10).

Die Anwendung von § 254 wird auch nicht durch § 994 überflüssig. Der Kaufpreis, den der Erwerber einer gestohlenen oder abhanden gekommenen Sache bezahlt, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch keine Verwendung, die der Erwerber ersetzt verlangen kann [11]).

§ 17. Voraussetzungen der Anwendung. Die Überwindung technischer Schwierigkeiten.

Die Anwendung des § 254 auf den Anspruch aus § 985 setzt voraus, daß der Zustand, dessen Änderung der Kläger verlangt, von ihm mitverursacht worden ist. Dazu ist erforderlich, daß das Verhalten des Klägers es ermöglicht hat, daß der Beklagte in die Lage gekommen ist, die Sache herausgeben zu müssen. Die vom Kläger gesetzte Ursache kann entweder darin liegen, daß der Eigentümer den Verlust der Sache durch eine positive Handlung ermöglicht hat oder darin, daß er es unterlassen hat, Handlungen vorzunehmen, zu deren Vornahme er verpflichtet war und deren Vornahme den Erwerb der Sache durch den Beklagten verhindert hätte [12]). Daß der Kläger die Sache im Besitz hatte, erklärt allein noch nicht den Verlust und den Erwerb durch den Beklagten. Eine rechtlich erhebliche Ursache liegt erst dann vor, wenn ein Verhalten des Klägers den Besitzverlust gefördert hat.

Außer bei gestohlenen und abhanden gekommenen Sachen ist der Anspruch aus § 985 begründet, wenn der Beklagte beim Erwerb der Sache nicht gutgläubig war. (§ 932 Abs. 2). Hier setzt die Anwendung des § 254 ebenfalls voraus, daß ein Verhalten des Klägers die Entstehung des Herausgabeanspruchs mit herbeigeführt hat. Dies Verhalten besteht, abgesehen von den Fällen des § 935 Abs. 2 stets darin, daß der Eigentümer die Sache aus freien Stücken fortgegeben hat. Denn aus § 935 Absatz 1 folgt, daß der fehlende gute Glaube, von der genannten Ausnahme abgesehen, nur in den Fällen von Bedeutung ist, in denen eine Sache weder gestohlen noch abhanden gekommen ist, also mit Willen des Eigentümers fortgegeben worden ist.

Wenn eine Sache, die der Eigentümer freiwillig fortgegeben hat, in die Hände eines Bösgläubigen gelangt, so ist die Fortgabe hierfür kausal. Sie erklärt die unbefugte Veräußerung durch den Besitzer, da dieser erst

11) Planck § 994, 1.
12) so im Fall RGZ 93, 281 ff.

durch Erwerb des unmittelbaren Besitzes in die Lage gekommen ist, über die Sache verfügen zu können. Durch die unbefugte Veräußerung der Sache seitens des unmittelbaren Besitzers wird der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen. Sie ist neben der Fortgabe der Sache durch den Eigentümer nur eine weitere adäquate Ursache dafür, daß der Beklagte in die Lage kommt, die Sache herausgeben zu müssen.

Neben der Verursachung setzt § 254 ein Verschulden des Klägers voraus. Die sich hieraus ergebenden Fragen werden im folgenden Paragraphen behandelt.

Wie bei § 1004 lassen sich auch bei § 985 die technischen Schwierigkeiten überwinden, die sich bei Berücksichtigung des Mitverschuldens ergeben. Die Hauptschwierigkeit besteht in der Unteilbarkeit des Herausgabeanspruches. Sie macht es unmöglich, gemäß § 254 dem Kläger nur einen Teil der beanspruchten Leistung zuzusprechen. Das Mitverschulden des Klägers kann daher nur so berücksichtigt werden, daß der Beklagte zur Herausgabe Zug um Zug gegen Erstattung eines nach richterlichem Ermessen (§ 287 ZPO) festzusetzenden Teiles des vom Beklagten bezahlten Kaufpreises verurteilt wird[13]). Aus § 1000 folgt, daß die Verurteilung zur Herausgabe Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung dem Wesen des Herausgabeanspruchs nicht widerspricht. Zwar hat man sich wahrscheinlich bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Anwendung von § 254 nur so gedacht, daß dem Anspruch des Klägers entweder nur zum Teil stattgegeben wird, oder daß er ganz fortfällt. Das ist aber kein Grund, die Anwendung des § 254 nicht auch in anderer Weise durchzuführen. Wirtschaftlich führt der hier vorgeschlagene Weg zum gleichen Ergebnis. Die Besonderheit des § 985 zwingt, diesen Weg zu gehen.

Schließlich ist noch zu dem Einwand Stellung zu nehmen, man schaffe durch Berücksichtigung des Mitverschuldens beim Anspruch aus § 985 im Widerspruch zu den Vorschriften über unerlaubte Handlungen einen unzulässigen Schadensersatzanspruch. Nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen besteht bei einem bloß generellen Vermögensschaden, den jemand durch das Verschulden eines anderen erleidet, noch kein Schadensersatzanspruch. Wenn der Erwerber einer gestohlenen oder abhanden gekommenen Sache sie herausgeben muß, so bedeutet dies lediglich einen Vermögensschaden. Trotzdem wird durch die Berücksichtigung des Mitverschuldens kein unzulässiger neuer Anspruch geschaffen. Das wäre nur dann der Fall, wenn man den vom Kläger zu zahlenden Geldbetrag als Ersatz dafür ansehen wollte, daß der Beklagte kein Eigentum an der herausverlangten Sache erworben hat. Die rechtliche Bedeutung der vom Kläger zu zahlenden Geldsumme ist aber nicht damit erkannt, daß man sie als Schadensersatz ansieht. Sie ist vielmehr ein Mittel, den Anspruch des Klägers wirtschaftlich auf das Maß zu beschränken, das bei Berücksichtigung seiner schuldhaften Mitverursachung angemessen erscheint. Es ist mit anderen Worten die Leistung des Klägers an den Beklagten nicht so sehr ein Schadensersatzanspruch als ein technischer Behelf, um die

---

13) So auch der Vorschlag Langenbachs, JW 33 S. 690 zu Nr. 3.

Anwendung des § 254 auf den Herausgabeanspruch durchführen zu können. Daß kein neuer selbständiger Schadensersatzanspruch geschaffen wird, zeigt sich dann ganz deutlich, wenn der Erwerber nur mittelbarer Besitzer ist und der Eigentümer die Sache mit Erfolg vom unmittelbaren Besitzer herausverlangt. Es kann hier der redliche Erwerber nicht auf Schadensersatz gegen den Eigentümer klagen.

Vielerlei Gründe sprechen sonach dafür, auch beim Anspruch aus § 985 das Mitverschulden des Klägers zu berücksichtigen, während kein triftiger Grund dagegen spricht. Insbesondere spricht nicht dagegen die Eigenart des Herausgabeanspruchs. Die Herausgabe kann bei Anwendung des § 254 nie umgangen werden. Trotzdem ist § 985 der Anwendung des § 254 zugänglich, die sich in der hier näher dargelegten Weise im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen ohne weiteres bewerkstelligen läßt. Das Reichsgericht ist früher anderer Ansicht gewesen, doch hat es die Frage nur gestreift, ohne sie eigentlich zu entscheiden [14]). Es setzt sich daher mit dem Problem auch nicht eingehend auseinander. Jetzt, wo das Reichsgericht die Anwendbarkeit des § 254 auf den Anspruch aus § 1004 inzwischen bejaht hat, würde es wohl kaum die Anwendbarkeit auf den Anspruch aus § 985 mit solcher Sicherheit ablehnen, wie es das im 93. Band getan hat; es würde sich, wie Langenbach [15]) meint, wahrscheinlich für die Anwendbarkeit aussprechen müssen.

§ 18. Das beiderseitige Verschulden. Einzelne Fragen.

In diesem Paragraphen sollen einige Fragen behandelt werden, die sich bei der Berücksichtigung des Mitverschuldens auf den Herausgabeanspruch ergeben.

Aus den oben im § 12 gemachten Ausführungen ergibt sich, daß beim Kläger, der die Sache nach § 985 herausverlangt, ein Verschulden vorliegen muß, wenn § 254 angewandt werden soll. Der Eigentümer muß also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.

Mit der Feststellung, daß der Eigentümer schuldhaft gehandelt hat, ist allerdings nicht gesagt, daß er einem Dritten gegenüber eine Pflicht verletzt habe. Vorsätzlich oder fahrlässig schlecht aufbewahren kann jemand eine fremde Sache ebenso wie eine eigene. Die Verletzung der einem Dritten gegenüber bestehenden Rechtspflicht wäre nur dann erforderlich, wenn die Entstehung eines Anspruchs gegenüber einem Dritten in Frage stünde.

Auf Seiten des Beklagten sind die verschiedenen Grade der Unredlichkeit zu berücksichtigen.

Zunächst der Fall, daß der Erwerber einer Sache weiß, daß sie gestohlen oder abhanden gekommen ist. Hier kann er keinesfalls verlangen, daß ein Verschulden des Klägers berücksichtigt wird. Dabei sind zwei Möglichkeiten zu beachten, bei denen die Anwendung des § 254 mit jeweils verschiedener Begründung abgelehnt werden muß.

14) RGZ 93, 282.
15) JW 33 S. 690 zu Nr. 3.

Wenn zum Beispiel der Eigentümer, wie es in der genannten Reichsgerichtsentscheidung [16]) der Fall war, schuldhaft die gestohlenen Wertpapiere nicht aufruft, der Erwerber aber trotzdem weiß, daß sie gestohlen sind, so kommt § 254 deshalb nicht zur Anwendung, weil dann die Unterlassung des Eigentümers gar nicht kausal für den Erwerb der Papiere durch den Beklagten ist. Die Unterlassung ist hier nicht einmal „conditio sine qua non" im Sinne der Äquivalenztheorie. Ursächlich für den Ankauf der Papiere wäre das Unterbleiben des Aufrufens erst dann, wenn ein Unwissender, gleich, ob schuldhaft oder schuldlos, die gestohlene Sache erwirbt. Die Kausalität fehlt hier deshalb, weil die unterlassene Handlung gar keinen anderen Ablauf der Geschehnisse herbeizuführen vermocht hätte. Die Anwendung von § 254 entfällt also, weil es an der Mitverursachung durch den Kläger fehlt.

Anders ist die Unanwendbarkeit von § 254 zu begründen, wenn der Kläger daran schuld ist, daß die Sache gestohlen wurde oder ihm abhanden kam, der Beklagte aber beim Erwerb der Sache weiß, daß sie gestohlen oder abhanden gekommen ist. Auch hier ist man versucht, den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Klägers und dem Erwerb des wissenden Beklagten zu verneinen. Jedoch ist die schuldhaft schlechte Aufbewahrung einer Sache z. B. für die Hehlerei ebenso ursächlich, wie sie dies ohne Zweifel für den Diebstahl ist. Auch die Hehlerei des Beklagten wird durch die Handlung des Klägers erklärt. Man kann nicht von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs sprechen.

Nach der von Frank [17]) für das Strafrecht aufgestellten Lehre liegt eine derartige Unterbrechung dann vor, wenn sich in den kausalen Ablauf die vorsätzliche Handlung eines Dritten einschiebt. Daß diese Ansicht für das Privatrecht jedenfalls nicht zutrifft, folgt aus mehreren Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, so aus den §§ 447, 287 und 848, wo trotz der Möglichkeit, daß ein Dritter durch eine vorsätzlich begangene Handlung in den Ablauf des Geschehens eingreift, auch der zuerst Handelnde verpflichtet bleibt, eben weil er den Zustand herbeigeführt hat, der die Handlung des Dritten erst möglich gemacht hat [18]).

So ist auch die Möglichkeit, daß der Beklagte die Sache hehlen konnte, vom Eigentümer dann in rechtlich bedeutsamer Weise verursacht, wenn er die Sache schlecht aufbewahrt und dadurch den Diebstahl ermöglicht hat. Die für die Anwendung von § 254 erforderliche Mitverursachung durch den Kläger ist mithin gegeben. Jedoch fällt hier das Verschulden des Klägers nicht ins Gewicht. Das Verschulden des Beklagten, der in Kenntnis der Zusammenhänge die gestohlene Sache erworben hat, überwiegt dermaßen, daß das Verschulden des Klägers außer Betracht bleiben muß. Einem Hehler gegenüber darf z. B. nicht berücksichtigt werden, daß der Kläger sein Rad aus Bequemlichkeit nachts auf der Straße hat stehen lassen und dadurch schuldhaft den Diebstahl möglich gemacht hat. Dasselbe gilt, wenn der Beklagte zwar nicht bestimmt wußte,

---

16) RGZ 93, 282.
17) Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich § 1, III 2a.
18) Enneccerus-Lehmann § 11 Anm. 11; Oertmann § 254 1a.

daß die Sache gestohlen war, sondern es nur für möglich hielt, aber diese Möglichkeit in Kauf nehmen wollte (dolus eventualis).

Geringere Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen der Beklagte nicht weiß, daß die Sache gestohlen oder abhanden gekommen ist, in denen seine Unkenntnis aber auf grober oder leichter Fahrlässigkeit beruht. Hier ist das Maß des beiderseitigen Verschuldens abzuwägen, wobei es im einzelnen Sache des richterlichen Wertempfindens ist, den angemessenen Ausgleich zu finden. Die hierzu erforderliche Befugnis wird dem Richter durch § 287 ZPO verliehen.

Im einzelnen können die Dinge so liegen, daß das Verschulden des Klägers so stark ist, daß er bei geringer Fahrlässigkeit oder bei Redlichkeit des Beklagten den größten Teil des von diesem gezahlten Kaufpreises oder gar den ganzen Kaufpreis Zug um Zug gegen Herausgabe der Sache an den Beklagten zahlen muß.

Dagegen geht es nicht, mit dem Hinweis auf § 932 Abs. 2 leichte Fahrlässigkeit des Beklagten schlechthin unberücksichtigt zu lassen. Es kann nicht eingeworfen werden, daß nach § 932 Abs. 2 auch der geschützt werde, dem nur infolge leichter Fahrlässigkeit nicht bekannt war, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehörte. § 932 Abs. 2 und die Berücksichtigung des Mitverschuldens beim Herausgabeanspruch verfolgen ganz verschiedene Ziele, sodaß hier Rückschlüsse aus § 932 Abs. 2 nicht gezogen werden können. § 932 Abs. 2 läßt die leicht fahrlässige Unkenntnis unberücksichtigt, weil irgendeine Grenze vorhanden sein muß, wo der gute Glaube beginnt, und weil bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches die auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht schwerwiegend genug erschien, um den Erwerb des Eigentums nicht eintreten zu lassen. Bei der im § 932 getroffenen Abgrenzung des guten vom bösen Glauben, geht es um Sein oder Nichtsein des Eigentumsanspruches. Bei der Berücksichtigung des Mitverschuldens besteht dagegen die Möglichkeit, ab- und zuzugeben, sodaß hier ein scharfer Trennungsstrich zwischen dem, was berücksichtigt und was nicht berücksichtigt werden soll, nicht erforderlich ist. Aus diesem Grunde besteht kein Anlaß, dem Beklagten seine auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht zuzurechnen.

Wenn das Verschulden des Klägers nur gering und der Beklagte redlich ist, so darf der Herausgabeanspruch des Klägers nicht etwa von der Erstattung des ganzen Kaufpreises abhängig gemacht werden. Der Richter wird ihn nach freiem Ermessen nur einen Teil der Verantwortung tragen lassen. Wie im Schuldrecht beim Zusammentreffen von Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung die Ersatzpflicht nicht im vollen Umfang den trifft, der wegen Verschuldens haftet, so darf auch hier nicht die volle Verantwortung auf die Schultern des Klägers abgewälzt werden. Diese Lösung bedeutet nicht, daß der Herausgabeanspruch für einen Anspruch aus Gefährdungshaftung gehalten wird.

Verlangt der Kläger mit Erfolg eine Sache heraus, die weder gestohlen worden noch abhanden gekommen ist, so kann seinem Verschulden auf Seiten des Beklagten mit Rücksicht auf § 932 Abs. 2 nur Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis vom Nichteigentum des Veräußerers

gegenüberstehen. Gerade in diesen Fällen wird ein Verschulden des Eigentümers nur selten vorliegen, da in den Fällen, wo § 932 Abs. 2 zur Anwendung kommt, die Sache freiwillig fortgegeben sein muß, und hierbei die schuldhafte Wahl eines Unzuverlässigen wohl nicht übermäßig oft vorkommen wird. Wenn aber der Eigentümer schuldhaft seine Sache einem Unzuverlässigen anvertraut hat, so gelangt § 254 zur Anwendung.

Liegen die Verhältnisse so, daß der Kläger den ganzen Kaufpreis zu erstatten hat, so darf keinesfalls statt dessen auf Klagabweisung erkannt werden. Es würde damit neben den §§ 932—934, deren Ausschließlichkeit außer Zweifel steht, ein weiterer Grund für den Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten geschaffen werden, der zudem im krassen Widerspruch zu § 935 stehen würde; denn § 935 sagt, daß abgesehen von den Ausnahmen des Abs. 2 auf keinen Fall an gestohlenen oder abhanden gekommenen Sachen Eigentum erworben werden kann.

Wenn die Herausgabe für den Besitzer keine Aufwendung bedeutet, etwa weil er die Sache nur als Besitzmittler des Diebes besitzt, so kommt § 254 nicht zur Anwendung.

Zu beachten ist schließlich der Fall, daß der Erwerber einer Sache, der sich nach den oben entwickelten Grundsätzen auf § 254 berufen kann, mittelbarer Besitzer ist, der Eigentümer aber gegen den Besitzmittler auf Herausgabe klagt. Wenn der Beklagte hier den in § 76 ZPO gegebenen Weg durch Benennung des mittelbaren Besitzers beschreitet, und dieser an seiner Stelle den Prozeß übernimmt, so erhält der mittelbare Besietzr damit die Möglichkeit, den Einwand des Mitverschuldens zu erheben. Der Besitzmittler selbst kann aus eigenem Recht diesen Einwand nicht geltend machen. Auch auf § 986 kann sich der Besitzermittler nicht berufen. § 986 setzt ein Besitzrecht des mittelbaren Besitzers voraus. Mit dem Einwand aus § 254 kann der Besitzmittler aber kein Besitzrecht geltend machen, sondern nur verlangen, daß er zur Herausgabe nur Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung verurteilt wird. Ein Besitzrecht, das ihn berechtigt, die Abweisung der Klage zu verlangen, hat er nicht.

Der Besitzmittler kann hier dem mittelbaren Besitzer daher nicht anders helfen, als daß er nach § 76 ZPO vorgeht. Tut dies der Besitzmittler nicht, so besteht für den mittelbaren Besitzer keine Möglichkeit seine Einwendung geltend zu machen. Er kann nicht etwa gegen den Eigentümer auf Erstattung des Betrages klagen, den ihm dieser andernfalls Zug um Zug hätte zahlen müssen. Es würde damit ein neuer Klaggrund geschaffen, den das Gesetz nicht vorsieht. Der Anspruch wäre auf Ersatz eines Vermögensschadens gerichtet, der abgesehen von besonderen Voraussetzungen vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Das Gesetz macht es eben dem Angreifer schwerer, als dem, der sich gegen einen Anspruch zur Wehr setzt. Das Mitverschulden des Klägers kann daher nur im Wege der Einwendung berücksichtigt werden.

§ 19. Die Anwendung des § 254 auf die übrigen Ansprüche des dritten Buches.

Im Folgenden sollen der Reihenfolge nach die für die Anwendung des § 254 ferner in Frage kommenden Ansprüche des dritten Buches erörtert werden, und zwar auch die schuldrechtlichen Ansprüche des dritten Buches, die der Anwendung des § 254 unterliegen. Denn auch bei diesen Ansprüchen können für die Erkenntnis des in § 254 enthaltenen Rechtssatzes wertvolle Aufschlüsse gewonnen werden.

Als erster Anspruch ist hier der auf Wiedereinräumung des Besitzes (§ 861) zu betrachten. Die Anwendung des § 254 auf diesen Anspruch ist nicht möglich. Es ist zwar denkbar, daß der Kläger den Beklagten durch den störenden Gebrauch der Sache zur Besitzergreifung, die deshalb doch rechtswidrig bliebt, veranlaßt hat. Die Wiedereinräumung des Besitzes erfordert aber keine wirtschaftlichen Aufwendungen für den Entzieher des Besitzes, sodaß deshalb für die Anwendung von § 254 kein Raum ist.

Für den Besitzstörungsanspruch aus § 862 gilt das entsprechend, was über die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei § 1004 ausgeführt worden ist. Hat der Kläger die Besitzstörung verantwortlich mitverursacht, so ist er nach dem Maße seiner Verursachung selbst zur Beseitigung verpflichtet. § 863 steht dem nicht entgegen. Mit dem Einwand aus § 254 beruft sich der Beklagte nicht auf ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung. Er ist im Gegenteil zur Beseitigung der Störung bereit. Er will die Störung nur deshalb nicht im vollem Umfange beseitigen, weil er sich für ihre Herbeiführung nicht allein verantwortlich fühlt.

§ 1029 erklärt die Vorschriften über den Besitzschutz für den Besitzer eines Grundstücks, der in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört wird, für entsprechend anwendbar, sodaß dort dasselbe gilt, wie bei den §§ 861 und 862.

Auf den Gestattungsanspruch des § 867 ist § 254 nicht anwendbar. Gemäß § 867 ist auch im Falle des mutwilligen oder unvorsichtigen Hinüberwerfens einer Sache die Aufsuchung zu gestatten [1]), d. h. der Besitzer darf sich trotz seines Verschuldens seine Sache zurückholen. Es mag zunächst überflüssig erscheinen, hierüber Worte zu verlieren. Doch ist der Gestattungsanspruch ein Schulbeispiel dafür, daß es Ansprüche gibt, die durch ihre Eigenart für die Anwendung von § 254 nicht in Frage kommen. Diese Eigenart liegt beim Gestattungsanspruch darin, daß die Gestattung für sich betrachtet für den Besitzer des Grundstücks keine vermögenswerte Aufwendung darstellt. Es besteht deshalb kein Bedürfnis, hier § 254 anzuwenden.

Anders ist es beim Ersatzanspruch, den der Besitzer des Grundstücks für den durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstandenen Schaden hat. Da es sich dabei um schuldrechtliche, vermögensrechtliche Beziehungen handelt, ist § 254 unmittelbar anwendbar, wenn der Besitzer des Grundstücks den entstandenen Schaden schuldhaft mitverursacht hat. Meistens

1) Planck § 867, 2 a.

wird hier § 254 Abs. 2 zur Anwendung kommen, weil der Besitzer den Suchenden nicht auf die Gefahr eines besonders hohen Schadens aufmerksam gemacht hat [2]).

Was für § 867 gilt, gilt entsprechend für den ähnlichen Fall, daß ein Bienenschwarm auf ein fremdes Grundstück verfolgt wird; ferner auch für § 1005, der auf § 867 verweist.

Nach § 886 ist es möglich, daß der Eigentümer die Eintragung einer Vormerkung bewilligt, obwohl er die Einrede, die er gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch hat, kennen müßte. Nun entstehen bei der Beseitigung der Vormerkung Kosten für den Beklagten, da er die Löschung bewilligen muß [3]). Hier muß der Kläger die Kosten ganz oder teilweise tragen, je nachdem, ob auch den Beklagten ein Verschulden trifft. Dies kann darin liegen, daß er trotz Kenntnis der Einrede sich die Vormerkung hat einräumen lassen, um den Eigentümer zu bedrängen. Die Rechtsähnlichkeit mit dem unmittelbaren Anwendungsfall des § 254 liegt bei § 886 darin, daß der Kläger mit seinem Anspruch zugleich Aufwendungen verlangt, die der Beklagte nicht zu machen brauchte, wenn sie der Kläger nicht schuldhaft mitverursacht hätte. Dem § 886 wird mit Anwendung des § 254 keine Gewalt angetan, da er es offen läßt, wer von den Parteien die Kosten zu tragen hat. § 254 findet bei § 886 nur auf die Verteilung der Kosten Anwendung. Sonst wird eine wirtschaftliche Aufwendung mit dem Anspruch aus § 886 nicht verlangt. Die Einrede selbst besteht unabhängig von einem Verschulden des Klägers, und der Beklagte wird durch die Löschung der Vormerkung nicht schlechter gestellt, als er auch vorher stand. Die Beseitigung der Vormerkung bedeutet daher, abgesehen von den Kosten, keine vermögenswerte Aufwendung für den Beklagten.

Entsprechendes gilt für den Anspruch aus § 1169. Auch der Anspruch aus § 1254 gleicht dem aus § 886. Hier besteht jedoch keine Möglichkeit, den § 254 anzuwenden. Nach § 269 braucht der Pfandgläubiger die Sache nur zur Rückgabe bereitzuhalten, sodaß ihm bei der Rückgabe keine Kosten entstehen. Die Rückgabe selbst stellt aber keine geldwerte Aufwendung für den Pfandgläubiger dar, weil die gesicherte Forderung wegen der Einrede keinen wirtschaftlichen Wert hat.

Bei § 888 ist die Anwendung von § 254 nicht zu erwägen, da hier nicht denkbar ist, daß der Kläger schuldhaft den Tatbestand herbeiführt, der seinen Anspruch aus § 888 entstehen läßt.

Beim Berichtigungsanspruch (§ 894) kommt die Anwendung von § 254 ebenfalls nicht in Frage. § 897 bestimmt nämlich, daß grundsätzlich der Kläger die Kosten der Berichtigung zu tragen hat. Damit ist die Kostenfrage für den Fall, daß der Kläger schuldhaft eine falsche Eintragung veranlaßt hat, vom Gesetz in durchaus billiger Weise entschieden. Da der Berichtigungsanspruch nicht auf Rechtsänderung gerichtet ist und daher keinen geldwerten Anspruch darstellt, ist § 254 nicht auf ihn anwendbar.

---

2) Gottschalk a.a.O. S. 108; Güthe, Komm. z. Grudb. O.
3) II. Bd. S. 1490; Planck § 886 II.

Auf den Ersatzanspruch aus § 904 ist § 254 anwendbar. Daß dieser Anspruch kein Verschulden voraussetzt, ist ohne Belang. Die Fälle, in denen den Kläger ein Verschulden trifft und § 254 zur Anwendung kommt, sind bei § 904 alelrdings nur selten; so gehört hierher etwa der Fall, daß der Kläger ein Tier reizt, dieses einen Dritten anspringt, sodaß der Dritte sich nur dadurch helfen kann, daß er sich mit einem dem Kläger gehörigen Gegenstand verteidigt, der dabei zerstört wird. Hier schließt das Verschulden des Klägers gemäß § 254 seinen Ersatzanspruch aus.

Bei § 912 sind der Anspruch des Nachbarn auf Zurücksetzung des Überbaues und sein Anspruch auf die Entschädigungsrente zu unterscheiden.

Der Anspruch auf Zurücksetzung des Überbaues, unterliegt der Anwendung des § 254. Hier ist folgender Fall zu beachten. Der Beklagte hat grobfahrlässig übergebaut. Der Kläger hat es sofort bei Beginn des Überbauens gemerkt, hat aber geschwiegen und den Beklagten weiterbauen lassen. Erst nach Fertigstellung hat er Widerspruch erhoben. Nach § 912 braucht zwar der Nachbar den Grenzüberbau nicht zu dulden, wenn dem Bauherrn grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Doch fordert das Rechtsgefühl, daß im gegebenen Fall der Nachbar trotzdem den Überbau dulden muß. Eine solche Entscheidung läßt sich aber nicht damit begründen, daß der Nachbar das Bebauen seines Grundstücks durch sein Schweigen gebilligt habe. Es kann zwar unter Umständen in seinem Verhalten eine Zustimmung liegen, wenn er etwa während des Bauens sich die Sache ansieht und aus seinem Verhalten dabei die Billigung des Überbaues geschlossen werden muß. Doch kann es auch so sein, daß er den Überbau nicht billigt und ein Verhalten, das auf eine Billigung schließen läßt, nicht vorliegt. Mit § 226 wird sich die Entscheidung auch nicht begründen lassen, weil der Nachbar meist an der Beseitigung des Überbaues ein wirtschaftliches Interesse haben wird. Allein mit der Anwendung von § 254 läßt sich die als billig empfundene Entscheidung begründen. Der Kläger hat durch sein Schweigen die Überbauung seines Grundstücks mitverursacht. Hätte er den Beklagten auf dessen Versehen aufmerksam gemacht, so wäre der Überbau unterblieben. Der Sinn der Anwendung ist der, daß sich der Nachbar zurechnen lassen muß, daß er es schuldhaft unterlassen hat, die Herbeiführung des Zustandes, dessen Beseitigung er verlangt, zu verhindern. Daß keine Rechtspflicht für den Kläger bestand, den Überbauenden auf seinen Fehler aufmerksam zu machen, ist nicht von Belang, da von der Verletzung einer Rechtspflicht nur die Rechtswidrigkeit abhängt. Wie oben hervorgehoben worden ist, ist rechtswidriges Handeln für die Anwendbarkeit von § 254 nicht notwendig, denn die Verletzung der eigenen Interessen, die § 254 voraussetzt, ist niemals rechtswidrig.

Die Anwendung des § 254 führt also dazu, daß der Kläger den Abbruch des Überbaues nicht verlangen kann. Der Beklagte kann hier nur zur Zahlung einer Geldrente verurteilt werden. Wenn § 912 die Pflicht, den Überbau zu beseitigen, davon abhängig macht, daß der Beklagte grobfahrlässig übergebaut hat, so stellt dies eine Mindestvoraussetzung dar, ohne deren Vorliegen der Beklagte zum Abbruch, der ihn wirtschaftlich

schwer schädigt und auch volkswirtschaftlich nicht wünschenswert ist, nicht verpflichtet sein soll. Trifft nun auch den Kläger ein Verschulden, sei es Vorsatz oder Fahrlässigkeit, so wird die grobe Fahrlässigkeit des Klägers dadurch aufgewogen, und es fehlt an der Mindestvoraussetzung des § 912. Es wäre auch unbillig, wenn der Kläger trotz seines Verschuldens auf Abbruch des Überbaues bestehen könnte. Sein Verlangen würde im schärfsten Widerspruch zu den Grundsätzen stehen, die heute unser Rechtsleben durchziehen. Es ist daher zu begrüßen, daß das Gesetz im § 254 eine Vorschrift gibt, die hier eine billige Entscheidung möglich macht.

Baut der Beklagte vorsätzlich über die Grenze, so kann der Kläger den Abbruch des Überbaues verlangen, falls er der Überbauung seines Grundstücks nicht durch sein Verhalten zugestimmt hat. Ein Verschulden des Klägers ist hier nicht zu berücksichtigen. Der Beklagte muß auf jeden Fall den Überbau abbrechen.

Hat der Kläger dagegen den Überbau bemerkt, aber beim Beklagten schuldhaft die falsche Vorstellung erweckt, als dulde er den Überbau, so geschieht die Errichtung des Überbaus nicht vorsätzlich, weil der Beklagte hier die Rechtswidrigkeit seines Handelns nicht kennt. In diesem Fall kann der Beklagte nicht zur Beseitigung des Überbaues angehalten werden, da das Verschulden des Beklagten nicht vorsätzlich ist und auch den Kläger ein Verschulden trifft.

Der auf Wertersatz gerichtete Anspruch unterliegt der Anwendung von § 254 nicht. Es ist zwar durchaus möglich, daß beide Parteien an der Überbauung schuld sind, so z. B. wenn sie übereilt eine unrichtige Grenzfeststellung treffen [4]). Der Wertersatz bedeutet jedoch für den Beklagten keinen gegenwertslosen Aufwand, da er ja dafür den überbauten Teil des Nachbargrundstücks als Bauplatz hat. Er erleidet daher durch Zahlung der Rente (§ 912 Abs. 2) oder des Erwerbspreises (§ 915) keinen Schaden, sodaß die Voraussetzungen des § 254 nicht vorliegen. Endemann [5]), der § 254 hier anwenden will, übersieht dies. Wolff [6]) ist dagegen der Ansicht, daß § 254 auf § 912 überhaupt keine Anwendung findet. Er führt an, § 912 sei gegenüber § 254 eine Sondervorschrift, da § 912 die Duldungs- und die Ersatzpflicht nicht von den Umständen des Falles, sondern von bestimmten Voraussetzungen abhängig mache. Wolff begeht hierbei den Fehler, die Duldungs- und die Ersatzpflicht nicht auseinanderzuhalten. Er legt den § 912 zu schematisch aus, wenn er bei grobfahrlässiger Überbauung durch den Beklagten stets dem Kläger das Recht einräumt, die Beseitigung zu verlangen. Wolff übersieht, daß hier keine starre Rechtsnorm vorliegt, sondern eine tiefergehende Wertung der besonderen Umstände des Falles zulässig ist. Ferner übersieht Wolff den eigentlichen Grund, warum § 254 auf den Wertersatzanspruch nicht anwendbar ist.

---

4) RGZ 74, 90.

5) Endemann, Lehrbuch II, 1 S. 291 Anm. 6 (1898) und S. 482 Anm. 13 (1905).

6) Der Bau auf fremdem Boden S. 141.

In § 918 hat der Gesetzgeber die Folgen des Verschuldens schon ausgesprochen. Der Anspruch auf Duldung des Notwegs gelangt nicht zur Entstehung, wenn der Eigentümer selbst daran schuld ist, daß er eines Notweges bedarf. § 918 ist eine Bestätigung dafür, daß die Berücksichtigung des Mitverschuldens auch bei dinglichen Ansprüchen zulässig ist.

Der Anspruch auf Erstattung der Abmarkungskosten aus § 919 Abs. 3 unterliegt der Anwendung des § 254. Die Kosten der Abmarkung sind in der Regel nur von den Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen. Ebenso wie sich aber eine abweichende Regelung aus einem zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnis ergeben kann (§ 919 Abs. 3), so muß der Kläger dann die Kosten allein tragen, wenn durch seine Schuld die Abmarkung erforderlich geworden ist. Der Grund für die Anwendung des § 254 liegt darin, daß eine Aufwendung vom Beklagten dann nicht verlangt werden kann, wenn der Kläger für die Herbeiführung des Zustandes allein verantwortlich ist, der die Aufwendung erforderlich macht. Trifft beide Teile ein Verschulden, so sind die Kosten entsprechend zu verteilen.

Beim Bereicherungsanspruch wegen Verlust eines Rechtes ist das Verschulden des Klägers nicht zu berücksichtigen, da die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung für den Beklagten keine solche Aufwendung darstellt, wie sie bei Anwendung des § 254 vorliegen muß. Durch die Vorschriften der §§ 946 bis 950 ist zugunsten des Beklagten eine Rechtsänderung eingetreten, auf die er keinen Anspruch hatte. Deshalb stellte die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, ähnlich wie die Herausgabe eines Pfandes, welches eine einredebehaftete Forderung sichert, keine Aufwendung dar, die das Vermögen des Schuldners, im ganzen gesehen, belastet.

Nach § 970 hat der Finder einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er für erforderlich halten durfte. Da der Finder solche Aufwendungen, die er nicht für erforderlich halten durfte, nicht ersetzt erhält, erübrigt sich die Anwendung von § 254.

§ 971 Abs. 2 schließt den Anspruch auf Finderlohn aus, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht. Zunächst scheint es, als beruhe diese Bestimmung auf dem Grundgedanken des § 254. Doch ist diese Annahme falsch; denn wer die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht, bringt dadurch nicht den Anspruch auf Finderlohn zur Entstehung. § 971 Abs. 2 bringt daher nicht den Rechtsgedanken zum Ausdruck, daß der Kläger sich entgegenhalten lassen müsse, daß er selbst den anspruchserzeugenden Tatbestand schuldhaft mitverursacht habe. § 971 Abs. 2 beruht vielmehr auf dem ganz anderen Gedanken, daß der Finder durch sein Verhalten sich des Lohnes unwert gezeigt hat und ihm daher kein Finderlohn gewährt werden soll.

Bei den §§ 977, 988 und 993 findet § 254 keine Anwendung, weil es sich dort um Bereicherungsansprüche handelt. Es gilt das zu § 951 Bemerkte.

Beim Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Nutzungen (§ 987 Abs. 1) kommt § 254 nicht zur Anwendung. Da nur die vor-

handenen Nutzungen herauszugeben sind und diese dem Beklagten nicht gebühren, so belastet ihn die Herausgabe nicht.

Dagegen findet § 254 auf den Anspruch auf § 987 Abs. 2 Anwendung. Dieser ist ein dinglicher Schadensersatzanspruch auf den § 254 unmittelbar anwendbar ist. Es verringert sich daher der Ersatzanspruch des Klägers, wenn er mit daran schuld ist, daß die Früchte nicht nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft gezogen sind. § 254 findet ferner Anwendung auf die Ansprüche aus den §§ 989 und 992, die ebenfalls dingliche Schadensersatzansprüche sind. Irgendwelche Schwierigkeiten oder erwähnenswerte Probleme bringt hier die Berücksichtigung des Mitverschuldens nicht mit sich.

§ 994 bestimmt, daß der Besitzer vom Eigentümer Ersatz für die auf die Sache gemachten Verwendungen verlangen kann. Es ist möglich, daß ein redlicher Eigenbesitzer vorsätzlich oder fahrlässig mit der fremden Sache so umgegangen ist, daß dadurch die Verwendung notwendig geworden ist. Es taucht daher die Frage auf, ob sich der Eigentümer hier auf § 254 berufen kann. Die Antwort ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang des § 994 mit § 990. Wie der redliche Eigenbesitzer gemäß § 990 vorsätzliche Beschädigungen der Sache nicht zu vertreten hat, so kann sich der Eigentümer auch nicht darauf berufen, daß der Besitzer vorsätzlich oder fahrlässig die Verwendung erforderlich gemacht habe. Das Bemerkenswerte ist hier, daß der Gesetzgeber durch § 990 zum Ausdruck gebracht hat, daß eine Verantwortlichkeit des redlichen Eigenbesitzers gegenüber dem Eigentümer nicht besteht. Dies Ergebnis scheint unbillig, wenn man bedenkt, daß auch der den Ersatzanspruch haben soll, der die Sache vorsätzlich beschädigt hat. Aber wann kommt es denn vor, daß jemand eine Sache, die er für seine eigene hält, vorsätzlich beschädigt, um sie dann wieder instandsetzen zu lassen?

War der Besitzer nicht redlich oder die Rechtshängigkeit schon eingetreten, als er die Sache schuldhaft beschädigte und so die Verwendung notwendig machte, so ergibt sich die Unbegründetheit des Anspruchs auf Ersatz der Verwendungen schon aus den §§ 989, 990 und 994, ohne daß auf § 254 zurückgegriffen zu werden braucht.

Beim Anspruch auf Ersatz anderer als notwendiger Verwendungen (§ 996) kommt § 254 ebenfalls nicht zur Anwendung, weil es nie eine schuldhafte Handlung im Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns ist, wenn der redliche Besitzer eine nicht notwendige Verwendung macht. Ferner steht der Anwendung von § 254 entgegen, daß der Wert der Sache infolge der Verwendung dann noch erhöht sein muß, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt. Der Eigentümer erhält dadurch stets einen Gegenwert für seine Leistung.

Auch der Anspruch aus § 998 auf Ersatz der Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten Früchte verwendet hat, unterliegt nicht der Anwendung des § 254. Der Anspruch setzt voraus, daß die Kosten einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechen. Damit ist der Rechtsgedanke des § 254 im § 998 schon verankert. Der Beklagte braucht hier nicht den Einwand des Mitverschuldens zu erheben, sondern kann den Klaggrund

leugnen, wenn er behaupten kann, daß die Kosten einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht entsprechen.

§ 999 bestimmt, daß der Rechtsnachfolger für die Verwendungen eines Vorbesitzers in demselben Umfang Ersatz verlangen kann, wie ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte. Es ist denkbar, daß die Verwendung durch ein Verschulden des Rechtsnachfolgers zu einer Zeit notwendig geworden ist, als noch der Vorbesitzer die Sache besaß. Beim ersten Zusehen erscheint es billig, hier § 254 anzuwenden. Aus dem Wortlaut des § 999 geht jedoch eindeutig hervor, daß Bestehen und Umfang des Verwendungsanspruches sich nur nach der Person des Vorbesitzers richten, in dessen Besitzzeit die Verwendung fällt[7]. Trotzdem ist eine billige Entscheidung möglich. Der Eigentümer hat ja gegen den Rechtsnachfolger einen Schadensersatzanspruch aus § 823, mit dem er gegen dessen Ersatzanspruch aufrechnen kann.

Auf die Ansprüche aus § 1007 Abs. 1 und 2 findet § 254 nur dann Anwendung, wenn der Beklagte für den Besitzerwerb etwas aufgewandt hat, da ihn sonst die Herausgabe der Sache wirtschaftlich nicht belastet. Besitzt der Beklagte z. B. nur als Verwahrer, so kommt § 254 nicht zur Anwendung. Kommt § 254 zur Anwendung, so gilt für den Anspruch aus § 1007 Abs. 2 das entsprechend, was für den Anspruch aus § 985 gilt, wenn der Beklagte gemäß § 935 kein Eigentum erworben hat. Bei § 1007 Abs. 1 kommt das entsprechend zur Anwendung, was bei § 985 gilt, wenn der Beklagte kein Eigentum erworben hat, weil er nicht guten Glaubens war (§ 932 Abs. 2). Ohne Belang ist, daß die Ansprüche aus § 1007 Abs. 1 und 2 ein subjektives Recht nicht voraussetzen[8].

§ 1007 Abs. 3 verweist auf die schon erörterten §§ 987 ff.

§ 1023 bestimmt, daß der Eigentümer eines belasteten Grundstücks die Kosten zu tragen hat, wenn er die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf eine andere Stelle verlegt haben will. Damit trifft § 1023 selbst schon eine billige Regelung für den Fall, daß der Eigentümer die Beschwerlichkeit der Ausübung an der bisherigen Stelle verschuldet hat. Die Anwendung von § 254 komt daher nicht in Frage.

§ 1039 gibt dem Eigentümer gegen den Nießbraucher einen Anspruch auf Wertersatz, wenn er Früchte im Übermaß gezogen hat. Da es sich hier um den Ersatz eines Wertes handelt, den der Nießbraucher erhalten hat, so findet § 254 hier keine Anwendung, auch wenn das besondere Ereignis, das die übermäßige Fruchtziehung notwendig gemacht hat, vom Kläger schuldhaft mitherbeigeführt worden ist.

Dagegen kann sich der Nießbraucher gegenüber dem Anspruch des Eigentümers auf Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand (§ 1141) mit Erfolg auf das Mitverschulden des Klägers berufen, so z. B. wenn eine Ausbesserung, die zur notwendigen Unterhaltung der Sache gehört, durch Verschulden des Eigentümers erforderlich wird. Die entsprechende Anwendung des § 254 ist hier deshalb gerechtfertigt, weil der Kläger an der Herbeiführung der anspruchserzeugenden Tatsachen mitbeteiligt ist. Entsprechendes gilt bei § 1048, wenn der gewöhnliche

7) Planck § 999, 1b.
8) Wolff, Sachenrecht § 23, IV, 1b.

Abgang von Stücken des Inventars (§ 1048 Abs. 1 Satz 2) auf einem Verschulden des Klägers beruht.

Der Anspruch gegen den Nießbraucher auf Rückgabe der Sache (§ 1055) unterliegt bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Anwendung der §§ 275 ff. [9]) und damit auch der Anwendung des § 254 dann, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe vom Kläger mitverschuldet ist.

Wenn der Besteller eines Nießbrauchs gemäß § 1087 vom Nießbraucher die Rückgabe von Gegenständen verlangt, die zur Befriedigung eines Gläubigers erforderlich sind, finden beim entgeltlichen Nießbrauch die §§ 320 ff. Anwendung. Der Beklagte erhält damit einen Gegenwert für seine Leistung, erleidet also keine Vermögenseinbuße, sodaß § 254 nicht zur Anwendung gelangen kann.

Auf den dinglichen, sowie den persönlichen Anspruch des Reallastberechtigten findet § 254 Anwendung, wenn den Kläger ein Verschulden daran trifft, daß der Beklagte seinen Verpflichtungen aus der Reallast nicht oder nicht voll nachkommen kann.

Der Hypothekengläubiger kann nach § 1133 dem Eigentümer eine Frist setzen, damit dieser eine Verschlechterung beseitigt, die die Sicherheit des Grundstücks gefährdet. Wenn der Eigentümer die Frist untätig verstreichen läßt, so kann der Hypothekengläubiger sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen. Hier besteht die Möglichkeit, daß die Verschlechterung auch durch ein Verschulden des Gläubigers mitherbeigeführt wird. Hat er die Verschlechterung vorsätzlich herbeigeführt, so kann er sofortige Befriedigung nicht verlangen. Diese Entscheidung beruht jedoch nicht auf § 254, sondern ergibt sich aus dem Gedanken, daß die vorsätzlich herbeigeführte Verschlechterung eine Genehmigung der damit verbundenen Wertminderung bedeutet. Die Genehmigung schließt das Recht aus § 1133 aus [10]).

Hat der Kläger dagegen nicht vorsätzlich gehandelt, so behält er den Anspruch aus § 1133. Das Recht, die sofortige Befriedigung verlangen zu können, kann durch Anwendung von § 254 nicht ausgeschlossen werden, da die sofortige Befriedigung aus dem Grundstück den Eigentümer im allgemeinen nicht mehr belastet, da er ja auch die Zinsen spart, die er sonst bis zur vereinbarten Fälligkeit hätte bezahlen müssen. Doch kann sich der Eigentümer auf folgende Weise helfen. Wenn der Gläubiger dem Eigentümer wegen Verschlechterung des Grundstücks nach § 823 schadensersatzpflichtig ist, so kann der Eigentümer gegenüber der Fristsetzung aus § 1133 sich darauf berufen, daß der Gläubiger mit zur Beseitigung der Gefährdung verpflichtet sei und so vermeiden, daß eine Frist in Lauf gesetzt wird, deren Ablauf das Recht des Gläubigers auf sofortige Befriedigung auslösen würde.

Wenn bei Verschlechterung des Grundstücks dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch gegen den Eigentümer zusteht [11]), so findet § 254 auf diesen Anspruch unmittelbare Anwendung.

---

9) Planck § 1055, 2c.

10) Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd. § 159 Anm. 58; **Planck Bem. 3** vor § 1133.

11) Planck, Bemerkg. 4 vor § 1133; **Wolff § 138, II.**

Bei dem Anspruch aus § 1134 auf Unterlassung, sowie auf Ergreifung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln gilt das entsprechend, was für den Anspruch aus § 1004 gilt.

Handelt es sich darum, daß der Eigentümer es unterlassen hat, Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter zu treffen (§ 1134 Abs. 2 Satz 2), so ist die Klage auf Anwendung der erforderlichen Maßregeln gemäß § 254 abzuweisen, wenn der Kläger der Dritte ist, von dem die Einwirkungen ausgehen. Die Anwendung des § 254 verhindert es, daß der Kläger einen Anspruch geltend machen kann, dessen Voraussetzungen er selbst schuldhaft herbeigeführt hat.

§ 1165 beruht auf dem Grundgedanken des § 254. Der persönliche Schuldner wird frei, weil er nicht durch die willkürliche Rechtsaufgabe des Gläubigers belastet werden soll. Der Gläubiger muß sich seine Handlung zurechnen lassen und sich eine Verminderung seines Anspruches gefallen lassen.

Ebenfalls auf dem Grundgedanken des § 254 beruht die Vorschrift des § 1166, wonach der persönliche Schuldner, der bei Befriedigung des Gläubigers vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, den Gläubiger wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit nicht zu befriedigen braucht, als er infolge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet.

Auf den Anspruch des Verpfänders § 1217, die Hinterlegung des Pfandes zu verlangen, findet § 254 keine Anwendung. Das Verhalten des Pfandgläubigers muß für sich allein betrachtet verletzend sein. Ist dies der Fall, so kommt es nicht darauf an, ob auch der Verpfänder seine eigenen Rechte verletzt. Die Dinge liegen hier anders, als z. B. bei § 1133, wo die Beseitigung eines Zustandes verlangt wird, der sehr wohl von beiden Parteien verursacht sein kann, während es beim Ablassen von einem Verhalten nur auf die Person ankommt, die sich dieses Verhaltens befleißigt.

Erfolgt der Verkauf eines Pfandes ohne die Bestimmung, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten habe, so ist nach § 1238 Abs. 2 Satz 1 der Kaufpreis als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen. Diese Bestimmung beruht auf dem Rechtsgedanken des § 254. Wenn der Pfandgläubiger nicht dafür sorgt, daß er den Kaufpreis erhält, so darf er sich nicht mehr an den Schuldner halten. Der Schuldner würde sonst durch das Verschulden des Gläubigers belastet.

Verletzt der Pfandgläubiger schuldhaft bestimmte, für den Verkauf geltende Vorschriften, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet (§ 1243 Abs. 2). Hier läßt sich jedoch kein Fall bilden, in dem der Eigentümer oder der Dritte (§ 1237) mit daran schuld sind, daß der Pfandgläubiger für den Verkauf geltende Vorschriften verletzt hat.

Der Anspruch des neuen Pfandgläubigers gegen den bisherigen auf Herausgabe des Pfandes (§ 1251 Abs. 1) unterliegt nicht der Anwendung des § 254. Ein Bedürfnis nach der Anwendung des § 254 besteht allein da, wo durch beiderseitiges Verschulden des jetzigen und des früheren Pfandgläubigers die Herausgabe unmöglich wird. Aber hier

hört der Anspruch aus § 1251 Abs. 1 auf zu bestehen. Auf den an seine Stelle tretenden Schadensersatzanspruch ist § 254 anwendbar.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch auf eine Vorschrift des landesrechtlichen Sachenrechts hingewiesen. Nach § 150 des Allgemeinen Berggesetzes für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 entfällt der Entschädigungsanspruch aus § 148 dieses Gesetzes für Beschädigung des Grundeigentums durch den Bergwerksbetrieb bei Verschulden des Grundstückseigentümers. § 150 beruht auf dem Grundgedanken des § 254.

Sechstes Kapitel.

Ist in § 254 ein allgemeiner Rechtssatz enthalten?

§ 20. Die Ansicht des Reichsgerichts.

In den letzten Kapiteln ist im Wege der induktiven Methode untersucht worden, inwieweit § 254 bei den im dritten Buch geregelten Ansprüchen anwendbar ist. Dabei hat sich gezeigt, in wie großem Umfang sich seine Norm durchführen läßt, und zwar durchaus nicht gegen das Gesetz, sondern im vollen Einklang mit ihm. Gleichzeitig hat sich ergeben, daß einige Vorschriften des Sachenrechts den Grundgedanken des § 254 schon enthalten, so die §§ 918, 1165, 1166 und 1238 Abs. 2 Satz 1.

In diesem Kapitel sollen die Ergebnisse der in den vorangegangenen Kapiteln angestellten Untersuchungen daraufhin geprüft werden, ob sie es rechtfertigen, im § 254 einen allgemeinen Rechtssatz zu erblicken. Bisher hat diese Frage weder in der Literatur, noch in der Rechtsprechung eine Beantwortung erfahren, obwohl die Grenzen für die Anwendung des § 254 schon des öfteren Gegenstand der Erörterung gewesen sind.

Zu Anfang dieser Arbeit ist schon dargelegt worden, daß dem § 254 allgemein eine über seinen Wortlaut gehende Bedeutung beigemessen wird. Das Reichsgericht [1]) sagt wörtlich: „Allerdings bezieht sich § 254 seinem Wortlaut nach nur auf Fälle der Schadensersatzpflicht. Den darin enthaltenen Rechtsgrundsätzen ist aber eine über diese Fälle hinausgehende Bedeutung beizulegen; denn durch § 254 haben allgemeingültige Rechtsgedanken Ausdruck gefunden, die auch auf anderen Gebieten, dann, wenn es um die nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen geregelte Frage des Vorliegens eines rechtlich in Betracht kommenden Verschuldens einer oder mehrerer Personen sich handelt, Beachtung finden, weil durch sie allein eine allgemeinen Rechtsgrundsätzen und zugleich der Billigkeit entsprechende und der verschiedenen Gestaltung der Einzelfälle sich anpassende Entscheidung der Frage zu erzielen ist, ob und inwieweit der einzelne Beteiligte trotz des Mitverschuldens eines oder mehrerer anderer für sein Verschulden und die sich hieraus ergebenden Folgen verantwortlich ist, und die dadurch erwachsenen Nachteile selbst zu tragen hat".

---

1) RGZ 71, 191.

Im 62. Band [2]) sagte das Reichsgericht dagegen: „Ein Rechtssatz, daß jedes Verschulden, woraus Rechtsfolgen für einen anderen abgeleitet werden, durch ein mitwirkendes Verschulden des anderen entkräftet oder gemindert werde, lasse sich aus § 254 nicht ableiten".

In dem Fall, der der Entscheidung im 62. Band zu Grunde liegt — seine Mitteilung im einzelnen würde hier zu weit führen — liegen die Dinge so, daß der Kläger, der mit seiner Klage gemäß § 702 Abs. 2 HGB wegen eigenen Verschuldens abgewiesen worden ist, ein Mitverschulden des Beklagten dazu benutzt, um seinen Anspruch aus § 700 Abs. 2 wieder aufleben zu lassen. Mit Recht geht hier das Reichsgericht davon aus, daß die Anwendung des § 254 nicht zur Begründung selbständiger Ansprüche dient und verweist daher den Kläger auf § 735 HGB. Ähnlich liegt der Fall in einer anderen Reichsgerichtsentscheidung [3]). Auch dort ist der eingeklagte Anspruch unbegründet und das Reichsgericht lehnt es daher mit Recht ab, durch Anwendung des § 254 dem Kläger zu seinem Anspruch zu verhelfen.

Die Formulierungen, in die das Reichsgericht im 71. und im 62. Band seine Ansicht über die Anwendbarkeit des § 254 gekleidet hat, schaffen keine Klarheit. Sie drücken zwar beide etwas Richtiges aus, lassen aber nicht erkennen, was das Wesen des im § 254 enthaltenen Rechtssatzes ist. Besonders die Formulierung im 62. Band ist kaum brauchbar, weil sie zu allgemein gehalten ist und keine klare Grenze zieht. Auch wendet das Reichsgericht diesen richtigen aber farblosen Satz nicht immer richtig an. Das zeigt ein Urteil [4]), in dem das Reichsgericht im Hinblick auf die Entscheidung im 62. Band es ablehnt, auch bei Geldschulden eine durch mitwirkendes Verschulden des Klägers herbeigeführte Leistungserschwerung zu berücksichtigen. Die verschärfte Haftung des Beklagten (§ 279) ist jedoch kein Grund, dem Kläger einen Freibrief für die schuldhafte Mitverursachung einer Leistungserschwerung zu geben.

Auch der im 71. Band vom Reichsgericht aufgestellte Satz begründet nur in allgemein gehaltenen Worten die Notwendigkeit, den § 254 analog anzuwenden, ohne den inneren Grund für die Anwendung anzuführen.

Einen richtigen Ausgangspunkt für die Erkenntnis des in § 254 enthaltenen Rechtssatzes bildet in der Entscheidung im 71. Band der Satz, „daß in § 254 ein allgemeiner Rechtssatz enthalten sei, der eine allgemeinen Rechtsgrundsätzen und zugleich der Billigkeit entsprechende und der verschiedenen Gestaltung der Einzelfälle sich anpassende Entscheidung erzielen solle". Die Richtigkeit dieses Satzes wird bewiesen durch die in den vorigen Kapiteln gefundene Verschiedenartigkeit in der Gestaltung der einzelnen Fälle, sowie durch die Feststellung, daß stets dringende Billigkeitsgründe für die Anwendung des § 254 sprechen.

Die Tatsache, daß die Fälle, in denen die Anwendung des § 254 in Frage kommt, eine stets verschiedenartige Gestaltung zeigen, ist der Grund für die Schwierigkeiten, die der Gesetzgeber bei der Formulierung des

---

2) RGZ 62, 424; ebenso RG Warn. 1910 Nr. 266.
3) RGZ 103, 91.
4) RG Warn. 1910. Nr. 266.

§ 254 zu überwinden hatte. Ein Rechtsgedanke drängt hier nach Fassung in Worte, der nicht Fälle von schablonenhafter Gleichartigekit regeln, sondern bei den mannigfaltigsten Tatbeständen Anwendung finden soll. Die Vielzahl der Anwendungsfälle ließ sich nicht überschauen. So ist es erklärlich, warum es nicht gelungen ist, in § 254 eine Vorschrift zu geben, deren Wortlaut alle Fälle erfaßt, in denen der ihr zu Grunde liegende Rechtsgedanke Anwendung erheischt.

Man darf daher nicht den Wortlaut des § 254 an den Anfang der Untersuchung über das Anwendungsgebiet des § 254 stellen, sondern muß den Rechtsgedanken, der in § 254 nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt ist, als maßgebend ansehen. Das ist keine unzulässige Abkehr vom Gesetzesrecht zum Freirecht. Denn wir gehen davon aus, daß dieser Rechtsgedanke in § 254 seinen Niederschlag gefunden hat, damit also Gesetzesrecht ist. Nur ist es so, daß dieser Rechtssatz wegen seiner unvollkommenen gesetzlichen Ausgestaltung des Erkanntwerdens durch Wissenschaft und Rechtsprechung bedarf „wie ja dem Juristen der Stoff seiner Forschung überhaupt nicht fertig vom Gesetzgeber geliefert wird" [5]).

§ 21. Der Inhalt des allgemeinen Rechtssatzes.

Es soll im Folgenden der Versuch gemacht werden, den im § 254 enthaltenen Rechtsgedanken auf eine Formel zu bringen, der die Ergebnisse der in dieser Arbeit getroffenen Untersuchungen als Grundlage dienen. In dieser Formel wird weniger Wert auf eine rechtssatzmäßige Fassung, als darauf gelegt, möglichst die wesentlichen Merkmale des Rechtssatzes zu erfassen. Dem im § 254 enthaltenen Rechtsgedanken wäre danach in folgender Weise Ausdruck zu verleihen:

> Wer von einem anderen eine Vermögensleistung verlangt, muß sich die von ihm schuldhaft mitverursachte Herbeiführung desjenigen Zustandes anrechnen lassen, der seinen Anspruch entstehen läßt.

Da die vom Kläger geforderte Leistung für den Beklagten eine Aufwendung darstellen muß, so war z. B. bei § 867 Satz 1 die Anwendung von § 254 abzulehnen. Daß die Leistung für den Beklagten eine Vermögenseinbuße bedeutet, ist deshalb erforderlich, weil der wirtschaftliche Zweck des § 254 darin besteht zu verhindern, daß der Beklagte in ungerechtfertigter Weise wirtschaftlich belastet wird.

Daß die Leistung für den Beklagten eine Aufwendung bedeutet, genügt aber allein noch nicht. Die Betrachtung von § 912 Abs. 2 hat gezeigt, daß auf einen Anspruch, mit dem vom Beklagten nur die Leistung für einen gehabten Gegenwert verlangt wird, § 254 keine Anwendung findet; denn auch hier fehlt die wirtschaftliche Belastung des Beklagten.

In die Formulierung des in § 254 enthaltenen Rechtsgedankens ist mit Absicht nichts darüber aufgenommen worden, wie im einzelnen Fall

---

5) Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 27.

die Anwendung des § 254 praktisch durchgeführt wird. Dies ist, wie die Erörterung der Ansprüche aus §§ 985 und 1004 gezeigt hat, eine technische Frage, die nicht die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von § 254 betrifft, sondern nur die praktische Verwirklichung.

Der in § 254 niedergelegte Rechtsgedanke ist deshalb allgemeingültig, weil er unter den angegebenen Voraussetzungen im Gebiete der bürgerlichrechtlichen vermögensrechtlichen Ansprüche allgemein zur Anwendung kommt, wie das für das Sachenrecht in dieser Arbeit nachzuweisen versucht worden ist.

Bei Anwendung dieses allgemeinen Rechtssatzes bedarf es im einzelnen außerordentlicher Aufmerksamkeit, um sie richtig auszuführen. Die Fälle, die das Leben stellt, sind von einer solch mannigfaltigen Verschiedenheit, daß ihre Behandlung durch grundsätzliche Formulierungen gar nicht voll erfaßt und geregelt werden kann. Der Richter muß im einzelnen Fall aus dem dargestellten Grundgedanken des § 254 heraus, unter sorgfältigster Beobachtung aller Umstände versuchen, die richtige Entscheidung zu finden.

Siebtes Kapitel.

Gilt der allgemeine Rechtssatz auch im öffentlichen Recht?

§ 22. Gehört § 254 zu dem Allgemeinen Teil des Rechts überhaupt?

Bei der Prüfung, ob der im § 254 enthaltene Rechtssatz auch im öffentlichen Recht gilt, sind nicht nur die öffentlichrechtlichen Schadensersatzansprüche, sondern alle Ansprüche des öffentlichen Rechts zu betrachten, die infolge ihrer vermögensrechtlichen Natur für den Schuldner eine Aufwendung bedeuten.

Bei den folgenden Untersuchungen ist von vornherein das Gebiet des Strafrechts auszuscheiden. Auch die Geldstrafen haben nicht den Zweck, dem Vermögen jemandes etwas zukommen zu lassen, sondern haben lediglich Strafcharakter. Der in § 199 StGB ausgesprochene Grundsatz, daß bei doppelseitiger Beleidigung der Richter beide Täter für straflos erklären kann, beruht nicht auf dem Rechtsgedanken des § 254. Bei § 199 StGB handelt es sich nicht um eine vermögensrechtliche Abwägung, sondern um eine Aufhebung von Strafansprüchen aus rechtspolitischen Gründen.

Bei den im Strafgesetzbuch vorgesehenen Ansprüchen auf Leistung einer Buße (§§ 188, 231 StGB) ist zwar das Mitverschulden des Verletzten zu berücksichtigen [1]). Richtiger Ansicht nach ist die Buße jedoch keine Strafe, sondern ein Schadensersatzanspruch mit der Besonderheit, daß hier der Strafrichter zur Leistung des Schadensersatzes verurteilt [2]).

---

1) OLG Hamburg i. HRR a. d. Gebiete d. Strafrechts Bd. III, S. 20.

2) Frank, Strafgesetzbuch, Vorbem. III 2 vor § 13; Oetker, der Bußprozeß im Gerichtssaal Bd. 66 S. 323.

Nicht in diesem Zusammenhang zu betrachten sind ferner die in der ZPO geregelten Schadensersatzansprüche. § 254 ist zwar auf diese Ansprüche anwendbar [3]), doch handelt es sich dort durchweg um privatrechtliche Ansprüche [4]).

Ehe geprüft werden soll, ob der im § 254 enthaltene allgemeine Rechtssatz auch im öffentlichen Recht gilt, soll zunächst kurz eine Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Anspruchs vom bürgerlichrechtlichen gegeben werden, ohne daß dabei auf die Streitfragen eingegangen werden soll, die sich auf die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht beziehen.

Öffentlichrechtlich sind die Ansprüche, die ihren Grund in einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis haben, d. h. in einem Rechtsverhältnis, in dem ein Träger öffentlichrechtlicher Gewalt gerade in dieser Eigenschaft einer Privatperson gegenübertritt [5]), oder in dem sich zwei öffentliche Rechtssubjekte gegenüberstehen, ohne gerade ein privatrechtliches Rechtsgeschäft, wie es auch zwei Privatpersonen treffen könnten, abzuschließen. Demnach sind, wie schon der Name sagt, die öffentlichrechtlichen Entschädigungsansprüche, sowie die Ansprüche aus Amtshaftung, bei denen die Berücksichtigung des Mitverschuldens in erster Linie in Frage kommt, jedenfalls öffentlichrechtliche Ansprüche. Der Entschädigungsanspruch ist öffentlichrechtlich, weil er mit der Pflicht des Einzelnen zur Duldung hoheitlicher Eingriffe unmittelbar zusammenhängt [6]). Ähnliches gilt für die Amtshaftung, die Schutz gegen Übergriffe der Staatsgewalt gewähren soll.

Bei der Untersuchung, ob das Mitverschulden im öffentlichen Recht ebenso allgemein zu berücksichtigen ist, wie im bürgerlichen Recht, ist zu prüfen, ob § 254 etwa zum allgemeinen Teil des Rechts überhaupt gehört und, wenn dies nicht der Fall sein sollte, ob das Vorhandensein von öffentlichrechtlichen Vorschriften, die dem § 254 entsprechen, den Schluß zuläßt, daß der in diesen Vorschriften enthaltene Rechtssatz allgemein im öffentlichen Recht gilt.

Die erste Frage wird recht verschieden beantwortet. Unrichtig ist die Ansicht, es gebe keine Rechtsvorschriften, die beiden Rechtsgebieten gemeinsam seien [7]). Otto Mayer [8]) meint, wenn ein Gesetzbuch so zielbewußt alles Gebiet des öffentlichen Rechts unberührt lasse, wie das Bürgerliche Gesetzbuch, dann könne man nicht annehmen, daß es das Gegenteil gewollt habe. Er verschließt sich der Erwägung, daß die Eigenart des öffentlichen Rechts dafür maßgebend ist, ob allgemeine Vorschriften des bürgerlichen Rechts dort anwendbar sind. Der angebliche Wille des Gesetzgebers, kein öffentliches Recht in ein privatrechtliches Gesetz hineinzubringen, könnte nicht verhindern, daß Vorschriften, die zunächst nur für

---

3) Gottschalk a.a.O. S. 16 f.; Stein-Jonas zu § 717 Bem. II, 6.
4) Stein-Jonas zu § 717 II, 4.
5) Jellinek, W. Verwaltungsrecht S. 47 f.
6) Jellinek a.a.O. S. 50.
7) So Otto Mayer, Dtsch. Verwaltgs.Recht I. Bd. S. 117; Hartmann, JW 1915 S. 121.
8) a.a.O. S. 17 Anm. 7.

das Privatrecht vorgesehen waren, sich als geeignet erweisen, auch im öffentlichen Recht unmittelbare Anwendung zu finden. So sagt Walter Jellinek [9]) mit Recht, daß es bei Ähnlichkeit von Rechtsfragen des öffentlichen und des bürgerlichen Rechts unverständig wäre, die vom Bürgerlichen Gesetzbuch angebotene Hilfe nicht zu ergreifen. Als Beispiel seien hier die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Berechnung von Fristen genannt. Gegen die Ansicht Otto Mayers spricht schließlich die in Gesetzen des öffentlichen Rechts oft geübte Verweisung auf privatrechtliche Vorschriften [10]), so z. B. in den §§ 64, 83 und 350 der Reichsabgabenordnung, ferner im § 5 des Gesetzes über die durch innere Unruhen verursachten Schäden (Tumultschädengesetz) vom 12. Mai 1920 (RGBl. S. 941 ff.).

Auf der anderen Seite vertritt Friedrichs [11]) die Ansicht, daß sich in sehr weitem Umfange ein Allgemeiner Teil des Rechts aufstellen lasse, der in gleicher Weise für das private, wie das öffentliche Recht gelte. So betrachtet er z. B. das allgemeine Schuldrecht als einen Bestandteil des Allgemeinen Teils des ganzen Rechts und hält seine Vorschriften daher ohne weiteres im öffentlichen Recht für anwendbar [12]). Ähnlich hält Georg Jellinek [13]) eine ganze Reihe von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, so z. B. über Irrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit auch im öffentlichen Recht für anwendbar.

Daß es einen Allgemeinen Teil des Rechts gibt, läßt sich nicht bestreiten. Friedrichs [14]) weist mit Recht daraufhin, daß es Lehren gibt, die nur in einem Allgemeinen Teil des ganzen Rechts ihren Platz finden können. So z. B. die Lehren vom Geld, Maß, Gewicht, Wert, Zeitrechnung, Raummessung u. dergl.[15]). Ferner führt Friedrichs [16]) das Corpus juris civilis und das Preußische Allgemeine Landrecht an, deren allgemeine Regeln sich sowohl auf den öffentlichen wie den privaten Stoff bezogen.

Es ist auch weniger das Vorhandensein eines solchen Allgemeinen Teils überhaupt, als sein Umfang, der zu Streitfragen Anlaß gibt. So muß die Ansicht Friedrichs bezweifelt werden, daß der allgemeine Teil des Schuldrechts im ganzen zum Allgemeinen Teil des Rechts gehöre. Friedrichs [17]) sagt, gegen seine Ansicht lasse sich nicht einwenden, daß solche allgemeine Vorschriften nicht auf alle Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar seien. Es sei zu beachten, daß selbst viele Vorschriften des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Familien- und Erbrecht und selbst auf einzelne Schuldverhältnisse

9) a.a.O. S. 153.

10) H. Meier-Branecke, Arch.f.öff.Recht N.F. Bd. 11 S. 243.

11) Annalen 1917 S. 430; der Allg. Teil d. Rechts, Einführung S. IX, S. 18 ff.

12) Friedrichs, Annalen aa.O.; Arch.f.Bürg.R. Bd. 42 S. 28 ff.; der Allg. Teil d. Rechts S. 20 f.

13) System der subjektiven öff. Rechte S. 66.

14) Der Allg. Teil des Rechts S. 12.

15) Friedrichs aa.O., Einführung S. IX.

16) a.a.O. S. 13.

17) a.a.O. S. 21

nicht anwendbar seien. Aber gerade der Umstand, daß selbst allgemeine Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches dort nicht überall anwendbar sind, spricht dagegen, allgemeine Vorschriften des Privatrechts in ihrer Gesamtheit als Bestandteile des Allgemeinen Teils des ganzen Rechts zu bezeichnen. Bei den meisten dieser Bestimmungen bedarf es erst einer sorgfältigen Prüfung, ob sie auf öffentliche Rechtsverhältnisse anwendbar sind. Von der Zugehörigkeit einer Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Allgemeinen Teil des ganzen Rechts kann aber nicht die Rede sein, wenn ihre Anwendbarkeit auf öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse nicht von vornherein feststeht, sondern erst bei der Anwendung erwogen werden muß, ob die öffentlichrechtlichen Besonderheiten des Falles die Anwendung gestatten.

Man mag sagen, es sei lediglich eine methodische Frage von untergeordneter Bedeutung, ob man eine Vorschrift für einen Bestandteil des ganzen Rechts ansieht, aber im einzelnen Fall prüft, ob ihrer Anwendbarkeit nicht etwa die Besonderheiten eines bestimmten Rechtsgebiets entgegenstehen oder, ob man sie nur im Wege der Analogie auf ein anderes als ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet anwendbar sein läßt. Trotzdem ist es richtig und zweckmäßig, nur die Vorschriften als zum Allgemeinen Teil des ganzen Rechts gehörig zu bezeichnen, bei denen von vornherein feststeht, daß die Besonderheiten einzelner Rechtsgebiete wie z. B. des öffentlichen Rechts ihrer Anwendbarkeit nicht entgegenstehen. So läßt sich bei den Vorschriften, die sich mit rein tatsächlichen Dingen befassen, wie z. B. den Bestimmungen über Maße, Gewicht, Zeit- und Raumrechnung, von vornherein sagen, daß sie für alle Rechtsgebiete in gleicher Weise gelten.

Läßt sich dagegen bei einer privatrechtlichen Vorschrift voraussehen, daß die Besonderheiten des öffentlichen Rechts ihrer Anwendung dort entgegenstehen können, so gehört diese Vorschrift nicht zum Allgemeinen Teil des Rechts. Auch dann nicht, wenn von vornherein feststeht, daß diese Vorschrift auf gewisse Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar ist, etwa weil das Gesetz dies ausdrücklich erklärt. Denn hieraus folgt nicht, daß es sich um eine im öffentlichen Recht allgemeingültige Vorschrift handelt. Auch ist zu beachten, daß gerade bei bürgerlichrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen Ähnlichkeiten vorzuliegen scheinen, während sich dann bei näherer Betrachtung derartige Unterschiede, bedingt durch die Wesensverschiedenheiten beider Rechtsgebiete zeigen, daß die Anwendung allgemeiner Vorschriften des bürgerlichen Rechts ausgeschlossen ist. Der Umstand z. B., daß der Staat obrigkeitlich tätig wird, steht sehr oft der Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Privatrechts entgegen [18]). So sind z. B. auf einen Verwaltungsakt die bürgerlichrechtlichen Vorschriften für Rechtsgeschäfte nicht anwendbar, trotz vieler Ähnlichkeiten, die beide Rechtsinstitute aufweisen [19]).

Auch § 254 ist, wie im folgenden Paragraphen näher nachgewiesen wird, auf eine Reihe öffentlichrechtlicher Rechtsverhältnisse ausdrücklich

---

18) W. Jellinek a.a.O. S. 154.
19) Manigk, Anwendungsgebiet S. 19.

für anwendbar erklärt. Friedrichs [20]) hält ihn daher für eine allgemeine Vorschrift des Rechts überhaupt. Die Frage, ob § 254 zum Allgemeinen Teil des Rechts gehört, ist aber trotzdem zu verneinen. § 254 ist nur auf die Regelung vermögensrechtlicher Belange von Privatpersonen zugeschnitten, und es kann schon jetzt ohne weitere Prüfung gesagt werden, daß die unmittelbare Anwendung des § 254 auf die Ansprüche des öffentlichen Rechts der Besonderheit dieser Ansprüche keine Rechnung tragen würde.

§ 23. Öffentlichrechtliche Ansprüche, auf die § 254 Anwendung findet.

Es muß von einer anderen Seite her untersucht werden, ob und inwieweit § 254 im öffentlichen Recht anwendbar ist. Dabei kommt es darauf an, ob im öffentlichen Recht die gesetzgeberischen Motive und die Besonderheiten dieses Rechtsgebietes in den Fällen, in denen ein Anspruch durch ein Verschulden des Anspruchsberechtigten mitherbeigeführt wird, es zulassen, daß dieses Mitverschulden ebenso zu beachten ist, wie im bürgerlichen Recht.

Auf den ersten Blick scheint es so zu sein, als berücksichtige das öffentliche Recht das Mitverschulden des Anspruchsberechtigten im gleichen Umfange wie das Privatrecht. Eine ganze Reihe öffentlichrechtlicher Vorschriften gibt es, die ausdrücklich die Berücksichtigung eines Mitverschuldens vorsehen.

So ist in § 6 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 bestimmt, daß Verbindlichkeiten der Postverwaltung zur Ersatzleistung ausgeschlossen sind, wenn der Schaden durch eigene Fahrlässigkeit des Absenders herbeigeführt worden ist. Es handelt sich hierbei um einen öffentlichrechtlichen Anspruch, da er aus einem typisch postrechtlichen Vertrag entstanden ist und die Post als öffentlichrechtliches Unternehmen, das unter Ausschluß des Privatgewerbes betrieben wird, eine öffentlichrechtliche Anstalt ist [21]).

§ 6 des Postgesetzes nimmt auf § 254 nicht Bezug, sondern bringt eine eigene Fassung, die den Anschein erweckt, als schlösse auch bei beiderseitigem Verschulden, das Verschulden des Absenders stets die Haftung der Post aus. § 254 ist jedoch analog anzuwenden [22]). Die Billigkeit verlangt es, Post und Absender hier gleich zu behandeln [23]). Der Umstand, daß der Anspruch öffentlichrechtlicher Natur ist, steht dem nicht entgegen.

In § 5 des Tumultschädengesetzes vom 12. Mai 1920 wird § 254 auf die Ansprüche dieses Gesetzes, die bekanntlich nicht an ein Verschulden geknüpft sind, für anwendbar erklärt. Ferner ist § 254 gemäß § 146 des Preußischen Wassergesetzes auf die Ansprüche des Beschädigten gegen den Unterhaltspflichtigen anwendbar [24]).

---

20) Der Allg. Teil d. Rechts S. 21.
21) Staedler, Art. Postrecht in H.d.R. IV. Bd. S. 537.
22) Gottschalk a.a.O. S. 116.
23) Meier-Branecke a.a.O. S. 275.
24) Lenhard-Reichenau, Preußisches Wassergesetz zu § 146 S. 342.

Ferner ist § 254 anwendbar, auf die öffentlichrechtlichen Entschädigungsansprüche. So z. B. im Falle des § 7 des Gesetzes betreffend die Bekämpfung der Reblaus vom 6. Juli 1904[25]), wo jedes nur fahrlässige Verursachen der Vernichtung durch Nichtbefolgen der polizeilichen Anordnung zur Folge hat, daß der Entschädigungsanspruch nicht gewährt wird.

Als öffentlichrechtliche Besonderheit ist hier zu bemerken, daß die Abwägung eines beiderseitigen Verschuldens in dem Sinne, daß ein Verschulden der Polizei berücksichtigt wird, hier nicht stattfindet. Der Weinbauer kann nicht geltend machen, die polizeilichen Anordnungen seien nicht sachgemäß gewesen. Der Anspruch aus § 7 wird nicht wegen eines vermuteten Verschuldens der öffentlichrechtlichen Körperschaft gegeben. Dazu kommt, daß es mit der Stellung der Polizei als eines staatlichen Machtorgans nicht vereinbar wäre, wenn sich jeder darauf berufen könnte, daß ihre Anordnungen unsachgemäß seien. Die Dinge liegen hier anders, als bei § 6 des Postgesetzes, wo die Geltendmachung eines Verschuldens der Post deshalb als zulässig erachtet wurde, weil ihre Stellung in vielen Beziehungen aus wirtschaftlichen Gründen der eines privatrechtlichen Vertragspartners gleichkommt. Ferner läßt sich nicht vorbringen, daß nach § 5 des Tumultschädengesetzes nicht jedes Verschulden des Beschädigten seinen Anspruch ausschließt, obwohl sich dieser gegen den Hoheitsträger „Staat" richtet. Das liegt daran, daß sich hier nicht ein Verschulden des Staates und des Einzelnen gegenüberstehen, sondern vielmehr der Tumult in seiner ursächlichen Wirkung und das Verschulden des Einzelnen, sodaß hier andere Wertungen Platz greifen, als bei Anwendung des § 7 des Reblausgesetzes.

Das, was für § 7 des Reblausgesetzes gilt, findet auch Anwendung auf § 72 des Viehseuchengesetzes vom 26. Juni 1909[26]), wonach bei einem Verschulden des Viehbesitzers der Entschädigungsanspruch fortfällt.

Auch auf die wegen Enteignung gewährten Entschädigungsansprüche findet § 254 Anwendung. So z. B. wenn der Enteignete, um eine höhere Entschädigung zu bekommen, Neubauten errichtet oder Anpflanzungen vorgenommen hat[27]), die für den, der die Entschädigung zu zahlen hat, keinen Wert haben. Bestritten ist, ob der Entschädigungsanspruch öffentlichrechtlicher Natur ist. Wolff[28]) hält ihn für einen zivilrechtlichen Anspruch. Man muß jedoch Otto Mayer[29]) zustimmen, der ihn wegen des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem staatlichen Eingriff für öffentlichrechtlich ansieht.

Ebenso ist bei der Amtshaftung aus § 131 Weimarer Reichsverfassung[30]) § 254 anzuwenden und der Grad der beiderseitigen Verursachung

---

25) RG Bl. S. 261.
26) RG Bl. S. 519 ff.
27) Wolff § 64, V.
28) Derselbe ebenda.
29) a.a.O. S. 31.
30) Auf die Streitfrage, ob die Weimarer Verfassung durch den neuen Rechtszustand „en bloc" aufgehoben worden ist, oder ob die durch die neue Gesetzgebung nicht aufgehobenen Teile noch fortgelten, soll hier nicht weiter eingegangen werden.

und des beiderseitigen Verschuldens abzuwägen. Hier schließt nicht jedes Verschulden des Klägers seinen Anspruch aus, weil der Amtshaftung ein Verschulden des Beamten zugrunde liegt und ein Verschulden des Beamten und des Beschädigten gegeneinander abgewogen werden können.

§ 24. Grenzen der Anwendung.

Nach § 7 Abs. 1 des Preußischen Gesetzes betreffend die Fürsorge für Beamte infolge von Betriebsunfällen vom 2. Juni 1906 [31]) wird es berücksichtigt, wenn der Unfall durch das Verschulden des Beamten mitherbeigeführt wird. Doch genügt nicht jedes Verschulden. Das Gesetz nennt bestimmte Voraussetzungen, unter denen die Mitverursachung durch den Beklagten berücksichtigt wird [32]). Ein sonstiges Verschulden darf nicht etwa unter Berufung auf § 254 berücksichtigt werden. Es beruht dies auf der öffentlichrechtlichen Eigenart des hier geregelten Anspruchs. Das Ineresse, das der Staat daran hat, den Beamten zu schützen und seinen Lebensunterhalt sicherzustellen, verbietet es, jedes Verschulden zu berücksichtigen.

Auch der Entschädigungsanspruch, den der im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochene nach § 1 des Gesetzes vom 20. Mai 1898 [33]) hat, entfällt nur bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung des verurteilenden Urteils. (§ 1 Abs. 3) [34]). Die leichte Fahrlässigkeit zu berücksichtigen, verbietet die öffentlichrechtliche Eigenart der hier geregelten Verhältnisse. Gegenüber dem Umstand, daß der Staat durch seine Gerichte einen Unschuldigen hat verurteilen lassen, fällt ein leichtes Verschulden des Verurteilten so wenig ins Gewicht, daß es keine Berücksichtigung verdient. Das Gleiche gilt für den Entschädigungsanspruch wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft, wo auch nur Vorsatz und andere schwerwiegende Umstände, wie grobe Unredlichkeit und Unsittlichkeit den Anspruch ausschließen [35]). (§ 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 14. Juni 1904) [36]).

Nach § 1591 der Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 schließt eigenes Verschulden des Versicherten bei Verursachung der Hilfsbedürftigkeit die gesetzliche Pflicht der Gemeinde oder die einem sonstigen Träger der Armenfürsorge obliegende Pflicht, ihn zu unterstützen, nicht aus [37]). Die Anwendbarkeit von § 254 wird hier durch die öffentlichrechtliche Eigenart des Unterhaltsanspruchs ausgeschlossen. Das öffentliche Interesse, soziales Elend möglichst zu beseitigen, erheischt es, den Hilfsbedürftigen auch bei verschuldeter Not zu unterstützen. Es steht hier also nicht allein das Interesse des Einzelnen im Vordergrund, wie etwa bei

---

31) GS. S. 153.
32) Brand, Beamtenrecht S. 422.
33) RG Bl. S. 345.
34) Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht S. 272.
35) Dohna a.a.O.
36) RG Bl. S. 321.
37) Lehmann, Kommentar zur RVO, 5. und 6. Buch zu § 1531 Anm. 6.

den Ansprüchen des Bürgerlichen Gesetzbuches oder auch bei der Amtshaftung, sondern ein öffentliches Interesse, welches durch ein Verschulden des Hilfsbedürftigen nicht beseitigt wird.

Auch im Gewerbeunfallversicherungsrecht ist § 254 nicht anwendbar. Hier schließt nur die vorsätzliche Herbeiführung des Unfalls den Anspruch des Versicherten aus, wogegen Fahrlässigkeit in jeder Form unberücksichtigt bleibt (§ 556 RVO) [38]. Auch hier verbietet es der öffentlichrechtliche Zweck des Anspruchs, jedes Verschulden zu berücksichtigen, weil auch hier dem Versicherten weitgehendster sozialer Schutz gewährt werden soll. Der Rechtsgrundsatz, jedem das, was er schuldhaft mitverursacht hat, nach dem Anteil seiner Verursachung zuzurechnen, wird hier vom Interesse des Staates an der Sicherstellung des schaffenden Volkes überwogen.

Anders ist es dann, wenn der Versicherungsträger die nach § 1542 RVO auf ihn übergehenden Ersatzansprüche des Versicherten geltend macht. Gegenüber diesem Anspruch kann das Mitverschulden des Versicherten eingewandt werden [39]. Der Schaden, den der Verletzte ersetzt verlangen kann, braucht sich also nicht mit seinem Versicherungsanspruch zu decken, da nur der erstgenannte Anspruch der Anwendung des § 254 unterliegt. Der Grund hierfür ist der, daß der Versicherungsanspruch wegen seiner öffentlichrechtlichen Eigenart bezüglich § 254 einer anderen Behandlung unterworfen ist, als der bürgerlichrechtliche Ersatzanspruch, obwohl beiden Ansprüchen der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt.

Schließlich stelle man sich noch folgenden Fall vor. Ein Steuerschuldner beruft sich gegenüber einer hohen Steuerschuld auf den in § 254 enthaltenen Rechtssatz mit der Begründung, der Staat sei durch schuldhaft schlechte Finanzwirtschaft in die Lage gekommen, solch hohe Steuern erheben zu müssen. Offenbar muß dieser Einwand unbeachtet bleiben. Es ist ganz gleich, aus welchem Grunde der Staat in die Lage kommt, hohe Steuern erheben zu müssen. Der innere Grund dafür, hier den § 254 nicht anzuwenden, ist nicht der, daß die Steuern nicht zum Vorteil derer erhoben werden, die die schlechte Finanzlage herbeigeführt haben. Denn auch bei einem privatrechtlichen Schadensersatzanspruch des Fiskus, kann das Mitverschulden des für den Fiskus handelnden Organs eingewandt werden, obwohl die Leistung des Beklagten nicht dem schuldhaft Handelnden zugute kommt. Beim Steueranspruch kommt aber zum Unterschied vom Schadensersatzanspruch des Fiskus noch der besondere öffentliche Zweck dazu, dem Staat die Mittel zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben zu verschaffen. Diese Besonderheit des Steueranspruchs ist es, die es verbietet, hier den § 254 entsprchend anzuwenden.

Der Zweck der in diesem Kapitel gebrachten Untersuchungen sollte nicht sein, eine erschöpfende Aufzählung all der Fälle aus dem öffentlichen Recht zu bringen, in denen die Anwendung des § 254 in Frage

---

38) Stier-Somlo, Kommentar zur RVO II. Band zu § 544, 4 B. b und zu § 556, 2.
39) Lehmann a.a.O. zu § 1542, 111.

kommt. Es galt lediglich, an Hand von Beispielen zu untersuchen, ob § 254 auch im öffentlichen Recht gilt. Dabei hat sich gezeigt, daß der im § 254 enthaltene Rechtsgedanke auch im öffentlichen Recht zur Anwendung kommt, doch nicht als allgemeiner Rechtssatz, wie im bürgerlichen Recht. Die öffentlichrechtlichen Besonderheiten mancher Ansprüche verbieten es, das Mitverschulden des Berechtigten überhaupt oder doch in dem Maße zu berücksichtigen, wie bei den privatrechtlichen Ansprüchen.

Der in § 254 enthaltene Rechtssatz gilt also auch im öffentlichen Recht, aber nicht wie im Privatrecht als allgemeiner Rechtssatz, sondern nur da, wo nicht die öffentlichrechtliche Eigenart des konkreten Anspruchs die Anwendung verbietet.

Lebenslauf.

Am 19. Mai 1911 wurde ich als Sohn des Pfarrers Ernst Fuchs und seiner Ehefrau Helene, geb. Wissemann in Wächtersbach, Kreis Gelnhausen, geboren. Im Jahre 1917 wurde mein Vater nach Hofgeismar, Bez. Kassel, versetzt. Dort besuchte ich von Ostern 1917 bis Ostern 1920 die Vorschule und danach das Realgymnasium, wo ich Ostern 1929 meine Reifeprüfung ablegte. Vom Sommersemester 1929 bis zum Wintersemester 1930/31 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg. Das 5. Semester verbrachte ich in Göttingen, das 6. u. 7. Semester in Marburg. Am 1 April 1933 bestand ich beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Prüfung. Seit dem 20. April 1933 stehe ich im praktischen Vorbereitungsdienst. Meine mündliche Doktorprüfung habe ich am 24. September 1935 vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg abgelegt. Zu dieser Zeit war ich dem Bürgermeisteramt in Hofgeismar zur Ausbildung überwiesen.

Auch an dieser Stelle möchte ich den verehrten Lehrern meiner Universitätsstudien meinen Dank zum Ausdruck bringen. Zu ganz besonderem Dank bin ich Herrn Geheimrat Prof. Dr. Manigk verpflichtet für die Anregungen, die er mir bei Anfertigung dieser Arbeit zukommen ließ.